Der Freibeweis im Zivilprozeßrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors

der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

Vorgelegt von

Ludwig Müller

Gerichtsreferendar aus Eisenach

1936

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg.

Berichterstatter: Professor Dr. Schwinge.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Erster Teil: Drei Beweisarten im Zivilprozeß.

§ 1. Einführung 1
I. Der Freibeweis im Strafprozeß 1
1. Im allgemeinen 1
2. Im Revisionsverfahren 2
II. Zivilprozeßrechtslehre und Freibeweis 5
III. Aufgabe und Abgrenzung; Begriff des prozessualen Beweises 7
1. Aufgabe und Abgrenzung 7
2. Beweisbegriff und Beweisgegenstand 7
a) Herrschende Ansicht 8
b) Eigene Ansicht 9
c) Der prozessuale Beweisbegriff 10

§ 2. Das Beweiserhebungsrecht des Zivilprozesses 11
I. Der Normalbeweis 11
II. Die Glaubhaftmachung 13
III. Die dritte Beweisart 15
1. Der Beweis in den Fällen der freiwilligen mündlichen Verhandlung 15
a) Ohne mündliche Verhandlung 16
b) Mit mündlicher Verhandlung 19
c) Weitere Beispiele 20
2. Die Streitwertfestsetzung nach § 3 ZPO 23
3. Das Ergebnis 23

§ 3. Der Beweis im formellen Sinne 24

Zweiter Teil: Der zivilprozessuale Freibeweis im besonderen

§ 4. Einleitung 26

§ 5. Der Beweis der allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen 28
I. Die von Amts wegen erforderte Nachweisung 28
1. Grundsätzlicher Unterschied zum Beweis im Streitverfahren 28

Seite

2. Zweckentsprechende Einschränkung des Normalbeweises ergibt den Freibeweis 29
a) Die Urteilsgrundtatsachen 29
b) Der Freibeweis für die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen 30
c) Zusammenfassung 33

II. Der Beweis der Prozeßvoraussetzungen im Zwischenstreit 34
1. Allgemeines 34
2. Zwischenstreit nach § 303 35
3. Zwischenstreit nach § 275 35

III. Grundlage der Freibeweisanwendung 37

IV. Praktische Auswirkung und Rechtfertigung des Freibeweises 41
1. Zeugenbeweis 41
2. Beweis durch Parteivernehmung 44
3. Ergebnis 44
4. Einzelfälle 45

§ 6. Freibeweis und Revision 47
I. Allgemeines 47
II. Rechtsprechung des Reichsgerichts 48
III. Ergebnis 53

§ 7. Der Beweis der sonstigen prozessualerheblichen Tatsachen . . 56
I. Allgemeines 56
II. Der Beweisbeweis 56
1. Der Augenschein 56
2. Der Zeugenbeweis 57
3. Der Sachverständigenbeweis 61
4. Der Urkundenbeweis 62

Schrifttum.

Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozeß 1930

Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 8. Auflage 1934.

Beling, Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren im Strafprozeß, in Festschrift für Binding, 2. Bd., S. 87 ff. 1911.

— Deutsches Reichsstrafprozeßrecht 1928.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 4. Bd. 1911.

Birkmeyer, Das Offizialverfahren im Zivilprozeß, in ZZP 7, S. 155 ff., 375 ff.

von Bülow, Glossen zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (Fortsetzung), in GruchBeitr. 22, S. 98 ff.

Ditzen, Dreierlei Beweis im Strafverfahren 1926.

Förster-Kann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Auflage, 1. Bd. 1913.

Gerland, Der Deutsche Strafprozeß 1927.

Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage 1925.

Hegler, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß, in Der Rechtsgang, 1. Bd., S. 192 ff., 385 ff.; 2. Bd., S. 267 ff. 1913/1916.

Hein, Identität der Partei, 1. Bd. 1918.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil 1912.

Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechts, in ArchZivPr. 62, S. 209 ff. 1879.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1905.

von Kries, Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozeßordnungen, in ZStW 6, S. 88 ff. 1886.

— Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892.

Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1935.

Nöldeke, Beschwerde gegen Kostenurteile, in ZZP 28, S. 430 ff. 1901.

Petersen-Anger, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 4. Auflage, 2 Bde. 1899/1901.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd. 1887.

Richter, Über die Zeugnispflicht im Falle der Rechtsnachfolge oder Vertretung, in ZZP 23, S. 291 ff. 1897.

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage 1931.

— Zur Lehre vom Streitgegenstand, Sonderabdruck aus der Festgabe für Richard Schmidt 1932.

Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes, 2. Auflage 1929.

— Die Prozeßvoraussetzungen, in LZ 1919, S. 671 ff.

Schmidt, Rich., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1906.

Schollmeyer, Der Zwischenstreit unter den Parteien, 1880.
Schultzenstein, Über die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht nach der Zivilprozeßordnung, in ZZP 23, S. 58 ff.
Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 1935.
Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Auflage, 1. Bd. 1932.
Skonietzki-Gelpke, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Bd. 1911.
Stein, Das private Wissen des Richters, 1893.
Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2 Bde., 15. Auflage 1934.
Sydow-Busch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, 1925.
von Weber, Die Prüfung von Amts wegen, in ZZP 57, 91 f.
Wendt, Beweis und Beweismittel, in ArchZivPr. 63, S. 254 ff. 1880.
Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 3. Auflage, 1884.
Wroblewski, „Freibeweis" im Strafverfahren?, Jenenser Dissertation 1935.

Abkürzungen

nach Maas-Magnus, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 1929.

Paragraphen

ohne Zusatz beziehen sich auf die Zivilprozeßordnung in der seit dem 1. Januar 1934 geltenden Fassung.

Erster Teil:

Drei Beweisarten im Zivilprozeß.

§ 1. Einführung.

I. Der Freibeweis im Strafprozeß.

1. Im allgemeinen.

Die vorliegende Untersuchung behandelt eine Frage, die bisher für den Zivilprozeß zwar hier und da gestreift, aber bisher noch nicht im Zusammenhang dargestellt wurde. Den Ausgangspunkt bildet das Strafprozeßrecht. In der Rechtsprechung [1]) und im überwiegenden Teil des Schrifttums [2]) ist anerkannt, daß es neben den in der StPO geregelten Beweiserhebungsarten — dem Strengbeweis und der nur für bestimmte Einzelfälle vorgesehenen Glaubhaftmachung — eine dritte Beweisart gibt, die man Freibeweis

---

[1]) RGSt: 6, 162; 10, 254; 38, 323; 39, 212; 44, 294; 51, 70; 51, 71; 55, 23; 55, 23; 55, 231; 56, 102; 59, 36; 59, 313; 66, 113 (= HRR 1932, 916) und RG JW 1932, 1754, Nr. 42.

[2]) Insbesondere: Beling, Festschr. f. Binding (1911) II, S. 148 ff.; Hegler (1913), Rechtsgang I, 210, 212, 395, 399 Anm. 1, 401 Anm. 1 und II, 267, 271 Anm. 4, 390; Ditzen, Dreierlei Beweis (1926); Alsberg, Beweisantrag (1930) S. 343 ff.; Schwinge, Revisionsrecht (1935) S. 158 ff.; weitere Nachweise bei Hegler, Alsberg und in der unten angeführten Diss. von Wroblewski.

Ausdrücklich ablehnend: v. Kries in ZStW 6, 122 f. (1886) und Lehrbuch (1892) S. 254, 348; Gerland, Strafprozeß (1927) S. 190 u. Anm. 10a, 364 Anm. 610.

Ausführlich gegen den Freibeweis Wroblewski, ein Schüler Gerlands, in der Jenens. Diss. „Freibeweis im Strafverfahren?“ (1935). Der Freibeweis läßt sich aber weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der nicht maßgeblichen Meinung der Verfasser der StPO widerlegen. Eine Entscheidung ist nur aus einer teleologischen Betrachtung des sich ständig fortentwickelnden Verfahrensrechtes zu gewinnen. Eine solche Betrachtung muß aber m. E. zu einer Anerkennung des durch die Rechtsprechung bestätigten Freibeweisrechtes im Strafprozeß führen. Die vorliegende Arbeit stellt den Versuch dar, eine ähnliche Betrachtung für den Zivilprozeß durchzuführen.

nennt[3]). Der in den §§ 244 ff. StPO durch eingehende und zwingende Vorschriften geregelte Strengbeweis ist im wesentlichen für den Beweis der Tatsachen bestimmt, die für die Schuld- und Strafrage erheblich sind[4]). Außer diesen materiellerheblichen Tatsachen, die „das Urteilsgebäude zu tragen bestimmt sind“[5]) und damit den „Prozeßgegenstand“[6]) betreffen, müssen aber in jedem Verfahren (Strafprozeß oder Zivilprozeß) Tatsachen bewiesen werden, von denen die Durchführung und Ausgestaltung des Verfahrens selbst abhängt. Für den Beweis dieser prozessualerheblichen Tatsachen im Strafprozeß[7]) gilt weder Strengbeweis noch Glaubhaftmachung, sondern der Freibeweis. Der Unterschied zwischen Freibeweis und Strengbeweis besteht darin, daß beim Freibeweis das Gericht nicht an die Sicherungsvorschriften des Strengbeweises (z. B. §§ 244, 263 StPO) gebunden ist. Von dem sonst im Strafprozeß streng durchgeführten Grundsatz der Unmittelbarkeit (z. B. § 250 StPO) kann hier abgewichen werden. Das Gericht ist „in der Wahl der Beweismittel und in der Art der Benutzung dieser Erhebungen in der Hauptverhandlung durch die gedachten Vorschriften (gemeint sind: §§ 250 ff. StPO in Verbindung mit §§ 226, 261, 263 StPO) nicht beschränkt“.[8])

2. Im Revisionsverfahren.

Die im Freibeweisverfahren festgestellten prozessualerheblichen Umstände erfahren in der Revisionsinstanz eine Sonderbehandlung. Im Gegensatz zu den materiellerheblichen Tatsachen ist hier das Revisionsgericht nach der ständigen Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts[9]) nicht an die vom Untergericht getroffenen Feststellungen gebunden.

a) Das Revisionsgericht kann also über solche Tatsachen selbst Beweise erheben. Als Beweismittel dienen ihm hierzu in erster Linie die Unterlagen, die sich bei den Akten befinden. Diese pflegen das „beste, bereite und erschöpfende Beweismittel“[10]) zu sein, wie

---

[3]) Die Ausdrücke „Strengbeweis“ und „Freibeweis“ finden sich erstmalig bei Ditzen a. a. O. S. 5.

[4]) Vgl. hierzu Wroblewski a. a. O. S. 4 ff.

[5]) Beling, Festschr. f. Binding II, S. 146.

[6]) Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 104 ff.

[7]) Z. B. die Tatsachen, die betreffen: Strafantrag, Amnestie, Verhandlungsfähigkeit, Eidesfähigkeit; weitere Beispiele bei Alsberg S. 351 ff., Wroblewski S. 6 ff.

[8]) RGSt 38, 324.

[9]) RGSt: 20, 163; 22, 135; 38, 40; 45, 128; 51, 72.

[10]) Ditzen a. a. O. S. 79; vgl. unten § 6, II, 1, b.

z. B. der bei den Akten befindliche Strafantrag für die Frage, wann und inwieweit Strafantrag gestellt ist. Das Revisionsgericht ist aber bei der Nachprüfung nicht auf den Akteninhalt beschränkt. Es ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, wenn der Akteninhalt nicht ausreicht, jedes andere geeignete Beweismittel — für das Revisionsgericht besonders geeignet die dienstliche Rückfrage (vgl. unten § 5, IV, 1, a, bb und § 6, II, 2) — zu benutzen, ebenso wie dies vom Untergericht erwartet wird. Soweit es sich um die bei der Hauptverhandlung zu beobachtenden Förmlichkeiten handelt, ist das Sitzungsprotokoll das allein zulässige Beweismittel (§ 274 StPO). Enthält dieses aber offensichtliche Lücken, so kann das Revisionsgericht durch Einholen dienstlicher Äußerungen die erforderlichen Feststellungen treffen [11]).

b) Der Grundsatz, daß die prozessualerheblichen Tatsachen vom Revisionsgericht selbständig ohne Bindung an untergerichtliche Feststellungen nachgeprüft werden können, wird in den betreffenden Entscheidungen (s. Anmerkung 10) nicht näher begründet. Im Schrifttum [12]) glaubt man zum Teil — insbesondere Stein [13]) und Ditzen [14]) — diesen Satz unmittelbar aus § 352 StPO entnehmen zu können oder man versucht — wie Beling [15]) — mit „formallogischen Erwägungen begreiflich zu machen, weshalb die prozessualerheblichen Tatsachen anders behandelt werden sollen als die materiellrechtlich erheblichen". [16]) Daß aber die Begründung nicht dem Gesetzeswortlaut (§ 352 StPO und entsprechend § 561 ZPO) oder irgendwelchen „formallogischen Erwägungen" entnommen werden kann, hat Schwinge (s. Anmerkung 12) eingehend dargelegt. Auf diese Ausführungen wird im folgenden Bezug genommen. „Der Grund, weshalb bei Formverstößen die tatsächliche Grundlage der Beschwerde nachgeprüft werden kann, bei materiellrechtlichen Verstößen hingegen nicht, liegt einfach darin, daß der Zweckgedanke des Rechtsmittels bei beiden Revisionsgründen verschieden ist [17])." Die Revision ist nämlich kein „einheitliches Rechtsgebilde" (S. 37), wie es erst den Anschein hat; denn „während bei der Revision aus sachlichrechtlichen Gründen die gleichmäßige Anwendung des Rechts das beherrschende Ziel

---

[11]) RGSt 63, 408 (413).
[12]) Hierüber ausführlich Schwinge, a. a. O. S. 161 ff.
[13]) Priv. Wissen S. 110.
[14]) a. a. O. S. 73 ff. und S. 87.
[15]) Festschr. f. Binding II, S. 155 ff.; dagegen Wroblewski a. a. O. S. 15
[16]) Schwinge a. a. O. S. 163.
[17]) Über den Zweck der Revision ausführlich Schwinge a. a. O. S. 29 ff.

ist, liegt der Revision aus prozessualen Gründen das Bestreben zugrunde, den Unterrichter zu gewissenhafter Einhaltung der Vorschriften der Prozeßgesetze zu erziehen" (S. 38). Die Revision aus prozessualen Gründen ist daher „ein höchst wirksamer Behelf gegen Gewissenlosigkeit, Nachlässigkeit und Untüchtigkeit" und somit „eine in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzende Kautel für die Güte der Rechtsprechung" (S. 39). Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist es aber erforderlich, daß das Revisionsgericht die tatsächlichen Grundlagen des Prozeßverstoßes nachprüfen kann. Ob die vom Untergericht begangene Verfahrensverletzung eine über den Einzelfall hinausreichende und damit für die Wahrung der Rechtseinheit erhebliche Bedeutung hat, ist hierbei belanglos.

Für den Strafprozeß gilt also der Grundsatz, daß die im Freibeweisverfahren getroffenen Feststellungen prozessualerheblicher Art in der Revisionsinstanz durch Freibeweiserhebungen auf ihre tatsächliche Richtigkeit nachzuprüfen sind, wenn aus ihnen ein Beschwerdegrund hergeleitet wird oder sie von Amts wegen zu prüfen sind [18]). Daß die das Revisionsverfahren selbst betreffenden Umstände ebenfalls im Freibeweisverfahren festgestellt werden, ergibt sich ohne weiteres aus dem Zweck des Freibeweises, den Strengbeweis seiner Aufgabe entsprechend auf den Prozeßgegenstand zu beschränken.

c) Der Grundsatz, daß das Revisionsgericht an die untergerichtlichen Freibeweisfeststellungen nicht gebunden ist, gilt aber nach der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts nur insoweit, als „nicht erkennbar das freie Ermessen des Instanzrichters entscheiden soll". [19]) Dadurch wird in zahlreichen Fällen [20]) eine Nachprüfung durch das Revisionsgericht ausgeschlossen. Diese Einschränkung ist nicht gerechtfertigt, da sie dem Zweck der Revision aus verfahrensrechtlichen Gründen widerspricht [21]). Das Reichsgericht verkennt hierbei außerdem, worauf in anderem Zusammenhang (s. unten § 6, III, 1) noch näher einzugehen ist, daß es sich in diesen „Ausnahmefällen" um die Ausübung des bei jeder Beweiserhebung geltenden Ermessens der Beweiswürdigung handelt [22]). Deutlich zeigt sich dies bei der Frage der Eidesfähigkeit (§ 60 n. F. StPO). Ob ein Zeuge eidesmündig war, prüft das Reichs-

[18]) Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 421.
[19]) RGSt 4, 388; st. Rsp.
[20]) Beispiele bei Alsberg a. a. O. S. 363 und bei Schwinge a. a. O. S. 161 mit Nachweisen.
[21]) Schwinge a. a. O. S. 163.
[22]) Alsberg a. a. O. S. 363.

gericht nach[23]); dagegen hält es sich nicht für berechtigt, die Frage der Eidesreife in tatsächlicher Hinsicht nachzuprüfen[24]). In beiden Fällen kommt es aber nur darauf an, ob bestimmte tatsächliche Voraussetzungen vorliegen. Sind diese gegeben, so muß das Gericht den Zeugen als eidesunfähig betrachten. Im Ermessen des Gerichts steht nur die Beweisfrage, ob die Voraussetzungen vorliegen. Im Falle der Eidesunmündigkeit sind die Voraussetzungen leicht festzustellen. Die Entscheidung über die Beweisfrage (über oder unter 16 Jahre?) wird dem Richter, sobald er einmal das Geburtsdatum kennt, durch ein einfaches Rechenexempel zwingend aufgedrängt. Das Beweisermessen tritt hierbei nicht besonders in Erscheinung. Anders ist es dagegen im Falle der Eidesreife, da hier die Reife bzw. Unreife sich nicht durch unmittelbaren Beweis feststellen läßt, das letzthin Entscheidende also das Ermessen des Richters ist. Dieses Ermessen ist aber in beiden Fällen nur das bei jeder Beweiserhebung geltende und im Freibeweisverfahren uneingeschränkt nachzuprüfende Ermessen der Beweiswürdigung[25]). Ähnliches gilt in den anderen Fällen, in denen das Reichsgericht nicht nachprüfen zu können glaubt. Auch hier muß das Gericht entscheiden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Im Ermessen des Gerichtes steht also auch hier nur die Beweisfrage, ob die Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Durch die uneingeschränkte Nachprüfungsmöglichkeit aller Freibeweisfragen ist eine Überlastung des Revisionsgerichtes nicht zu befürchten, da der Revisionsrichter, wie auch jeder andere Richter, im Freibeweisverfahren „in keiner Weise gebunden ist, weder in der Richtung des Ob überhaupt, noch in der des Wie, noch in der des Wieviel". [26])

II. Zivilprozeßrechtslehre und Freibeweis.

Obwohl der Freibeweis sich zu einem festen Begriff in der Strafprozeßrechtslehre entwickelt hat, ist er dem Schrifttum zum Zivilprozeß bis auf ganz wenige Ausnahmen unbekannt geblieben, wobei offenbar die an sich bestehende Gegensätzlichkeit der beiden Verfahren mitgespielt hat. Trotz dieser Verschiedenheit im Wesen und in der äußeren Gestaltung stimmen aber beide Verfahren in vielen Punkten grundsätzlich überein. Dies gilt namentlich für die

[23]) RGSt 20, 163.
[24]) RGSt 11, 261; 57, 186.
[25]) Ditzen a. a. O. S. 75 ff.
[26]) Ditzen a. a. O. S. 91.

Aufgabe und Ausgestaltung des letztinstanzlichen Rechtsmittels beider Prozesse, der Revision[27]). Während aber gerade für den Strafprozeß die bei der Revision sich ergebende Notwendigkeit, zwischen den nicht nachprüfbaren materiellerheblichen Tatsachen und den nachprüfbaren prozessualerheblichen Tatsachen zu unterscheiden und zu dem Wie des Beweises der einen sowie der anderen Tatsachen Stellung zu nehmen, im wesentlichen erst zu der Erkenntnis des Freibeweisrechtes führte, befaßt man sich in der Zivilprozeßrechtslehre nicht näher mit der Frage, wie z. B. vor dem Revisionsgericht bewiesen wird. Sofern zu dieser Frage überhaupt Stellung genommen wird, heißt es, daß der Beweis nach „allgemeinen Grundsätzen"[28]) zu erfolgen habe. Auch hinsichtlich zahlreicher prozessualerheblicher Tatsachen, von deren Vorliegen die Ausgestaltung und Durchführung des Verfahrens im einzelnen abhängt (z. B. Eidesfähigkeit des Zeugen), besteht kein Unterschied zwischen beiden Verfahren. Ein Vergleich beider Prozesse muß daher mindestens zu der Prüfung veranlassen, ob in diesen Fällen grundsätzlicher Übereinstimmung nicht auch für das „Wie" des Beweises Ähnliches gilt[29]).

Die intern-rechtsvergleichenden Darstellungen von Hegler[30]) und Sauer[31]) enthalten daher auch erwartungsgemäß eine Stellungnahme zu dieser Frage.

Hegler verneint ausdrücklich, daß für den Zivilprozeß die Gedankengänge des strafprozessualen Freibeweises Anwendung finden könnten, verweist aber dabei zur Begründung auf die im Schrifttum übliche und farblose Wendung, daß der Beweis nach „allgemeinen Grundsätzen" zu erfolgen habe.

Sauer hingegen führt aus, daß die „Prüfung der der Sachgestaltung zugrundeliegenden Tatsachen nach eingehender ausgestalteten Regeln zu geschehen habe und daß größere Garantien für die Zuverlässigkeit ihrer Ermittlung getroffen werden, daß dagegen für die Verfolgung und das Verfahren die Prüfung zwar ebenfalls gewissenhaft und zuverlässig zu erfolgen habe, immerhin aber diese strengen Vorschriften nicht innegehalten zu werden brauchten". Nach Ausführungen über den Strafprozeß heißt es dann, daß

---

[27]) Schwinge a. a. O. S. 2/3.

[28]) Stein-Jonas § 561 Erl. IV; Baumbach § 561 Erl. 3, C.

[29]) Bemerkenswert Sydow-Busch § 393 Erl. 1, b in Anklang an RGSt 56, 103.

[30]) Rechtsgang I, S. 197 Anm. 1, S. 389 Anm. 4 und II, S. 316 Anm. 2, S. 432 Anm. 5.

[31]) Grundlagen d. Pr. R. S. 406, 407, 414 ff. und in LZ 1919, 676.

„das gleiche Prinzip auch für den Zivilprozeß gelten müsse". Sauer nimmt also eine grundsätzliche Übereinstimmung beider Verfahren in dieser Beziehung an.

Auch Schwinge[32]) kommt auf Grund intern-rechtsvergleichender Betrachtung des Revisionsrechts zu einer Anerkennung des „Freibeweises" im Zivilprozeßrecht.

In gleicher Weise tritt v. Weber[33]) dafür ein, daß die für den Strafprozeß entwickelten Grundsätze des Freibeweises entsprechend auch im Zivilprozeß anzuwenden seien. Von ihm wird zum ersten Male die Bezeichnung „Freibeweis" für den Zivilprozeß übernommen.

Sonstige ausdrückliche Äußerungen, die bejahend oder verneinend zu der Frage des Freibeweises im Zivilprozeßrecht Stellung nehmen, finden sich nicht im Schrifttum.

III. Aufgabe und Abgrenzung; Begriff des prozessualen Beweises.

1. Aufgabe und Abgrenzung.

Mit dieser Arbeit soll versucht werden, die Ergebnisse der über das strafprozessuale Freibeweisrecht angestellten Untersuchungen (oben I) entsprechend den Anregungen, die die Ausführungen von Sauer, v. Weber und Schwinge (oben II) enthalten, auch für das Zivilprozeßrecht nutzbar zu machen. Es ist also nachzuprüfen, inwieweit eine Verwendung des Freibeweises d. h. einer von gesetzlichen Förmlichkeiten freien Beweiserhebungsart im Zivilprozeß möglich ist. Da es sich hier um eine Frage des Beweiserhebungsverfahrens, also des formellen Beweisrechts handelt, bleibt das materielle Beweisrecht, wie es zum Teil in den §§ 282 ff. geregelt ist, unberührt. Dem materiellen Beweisrecht gehören vor allem an die Grundsätze der Beweislast, der freien Beweiswürdigung und der Beweisnotwendigkeit (Beweisfälligkeit)[34]). Diese Sätze geben in gleicher Weise wie dem förmlichen Beweis der §§ 355 ff. gegebenenfalls auch dem Freibeweis die materiell-prozeßrechtliche Grundlage; sie sind daher hier grundsätzlich nicht zu behandeln.

2. Beweisbegriff und Beweisgegenstand.

Eine Untersuchung der Frage, ob der Freibeweis auch im Zivilprozeß gilt, setzt aber voraus, daß die Fragen der allgemeinen Be-

---

[32]) Revisionsrecht S. 164 ff.
[33]) In ZZP 57, 91 ff. (S. 97).
[34]) Beweis, wenn bestritten oder Prüfung von Amts wegen — kein Beweis, wenn offenkundig usw.

weislehre, was unter Beweis im prozessualen Sinne zu verstehen ist und was Gegenstand eines Beweises sein kann, feststehen.

a) Herrschende Ansicht.

Unter Beweis ist nach der herrschenden Ansicht jede Tätigkeit zu verstehen, die auf Gewinnung richterlicher Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung gerichtet ist. Uneingeschränkt kann diese Begriffsformulierung nicht übernommen werden, wie eine Betrachtung der Frage, was Gegenstand eines Beweises sein kann, zeigen wird. Abzulehnen ist aber ein eingeengter Beweisbegriff, wie er von Heusler[35]) vertreten wird. Nach ihm „setzt die mit Beweis bezeichnete Tätigkeit zwei Personen voraus; eine handelnde und eine duldende, eine gebende und eine empfangende: der Beweis wird von Person zu Person geführt". Es könnte also nach der Meinung von Heusler nur dann von einem prozessualen Beweise gesprochen werden, wenn zwei Personen, Richter und Beweisführer, tätig geworden sind. Mit Recht weist Bierling[36]) gegenüber den sprachlichen Gründen, die Heusler für seine Ansicht anführt, darauf hin, daß selbst bei den Wortverbindungen „Beweis erheben, Beweis aufnehmen", die auf eine persönliche Tätigkeit hindeuten, jede „ausdrückliche oder auch nur bewußte Beziehung auf eine andere Person fehle". „Als das Wesentliche bei allem Beweise", so führt Wendt[37]) aus, „denken wir das Ziel der richterlichen Überzeugung von der Wirklichkeit relevanter Tatsachen, gleichviel ob Andere ihm (dem Richter) beweisen müssen, oder er sich selbst Erkenntnis zu verschaffen berechtigt ist."

Beweisfähig sind in erster Linie Tatsachen, zum Teil aber auch Erfahrungssätze. Meistens nimmt man an, daß auch Rechtssätze Gegenstand eines Beweises sein können. Für den Strafprozeß sieht man den „Beweis von Rechtssätzen" sogar als einen besonderen Anwendungsfall des Freibeweises an[38]). Gerade hier gelte es, zahlreiche Tatsachen festzustellen, was nur im Wege des Beweises nach Freibeweisrecht geschehen könne, sodaß es sich nicht empfehle, hier nur von „Feststellungen" zu sprechen und diese Fälle

---

[35]) In ArchZivPr. 62, 209 ff. (S. 216); ebenso auch Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage S. 432, 448, 449.

[36]) Prinzipienlehre Bd. 4, S. 39 Anm. 9.

[37]) In ArchZivPr. 63, 254 ff. (S. 270); ebenso auch Birkmeyer, in ZZP 7, S. 445 Anm. 346.

[38]) Hegler a. a. O. I, S. 395 Anm. 5; Alsberg a. a. O. S. 346 ff., Ditzen a. a. O. S. 45 ff

überhaupt aus dem Beweisrecht auszuscheiden [39]). Ditzen [40]) meint, der Satz „iura novit curia" sei überhaupt nur eine Fiktion, sodaß zur Erforschung des tatsächlichen Zustandes, was Recht ist, Beweiserhebungen erforderlich seien. Diese überwiegend vertretene Ansicht ist unbedingt abzulehnen.

b) Eigene Ansicht.

Die staatshoheitliche Aufgabe des Richters besteht darin, Recht zu sprechen, d. h. das Recht auf einen ihm zur Entscheidung vorgelegten Vorgang aus dem Leben anzuwenden. Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist er befähigt, weil er auf Grund seiner Vorbildung (§§ 2 ff. GVG) das Recht zu finden weiß. Die richterliche Spruchtätigkeit besteht also aus Rechtsfindung und Rechtsanwendung. Diese beiden Arten richterlicher Tätigkeit sind besonders im Beweisrecht auseinanderzuhalten. Zur Rechtsanwendung ist erforderlich, daß der „Fall", den der Richter beurteilen soll, erst einmal festgestellt wird, soweit nicht im Zivilprozeß der unstreitige Parteivortrag eine besondere Feststellung erübrigt. Festgestellt ist der Sachverhalt, wenn der Richter von der Wahrheit überzeugt ist. Die auf Gewinnung dieser Überzeugung gerichtete Tätigkeit bezeichnet man als Beweis, der also grundsätzlich (mit wichtigen, aus der Verhandlungsmaxime sich ergebenden Ausnahmen) Voraussetzung der Rechtsanwendung ist. Beweisfähig sind daher die Tatsachen, auf die der Richter in Erfüllung seiner Aufgabe das Recht anwenden soll. Für die Rechtsfindung gilt aber der Satz „iura novit curia". Dieser Satz ist nur dann eine Fiktion, wenn man ihn falsch auslegt. „Der Richter kennt das Recht" bedeutet aber nicht, daß der Richter das Recht so kennt, um es jeder Zeit ohne bewußt suchende Tätigkeit aussprechen zu können. Das ist schon bei inländischem Gesetzesrecht unmöglich, bei fremdem Recht, Gewohnheitsrecht und autonomer Satzung aber überhaupt ausgeschlossen. Der Satz „iura novit curia" kann also nichts weiter bedeuten, als daß der Richter das Recht jeder Zeit zu finden weiß, um es anzuwenden. Soweit der Richter das Recht nicht schon kennt, muß er es suchen, indem er „durch Erforschung des tatsächlichen Zustandes aufklärt, was Recht ist". „Und das", meint Ditzen (S. 46), „kann nur geschehen durch Beweiserhebung." Wenn also der Richter, was er wohl in sehr vielen Fällen tun wird, in einem Kommentar, in Ent-

[39]) Hegler I, S. 395 Anm. 4; Alsberg S. 347 Anm. 9, 10.
[40]) a. a. O. S. 45.

scheidungssammlungen oder im Reichsgesetzblatt nachsucht, um sich die nötige Kenntnis zu verschaffen, dann hat er nach Ditzen „Beweis erhoben", denn „immer ist es nur durch Beweis (Freibeweis) möglich, von der Unkenntnis zur Kenntnis zu gelangen". Daß dieses Nachforschen in den dem Richter amtlich zur Verfügung stehenden Quellen keine Beweiserhebung ist, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Auch Ditzen wird wohl diese Art richterlicher Tätigkeit nicht als Beweiserhebung ansehen. Seine Formulierungen sind aber nicht nur zu weitgehend, sondern überhaupt abzulehnen. Er geht von einem zu weit gefaßten Begriff des Beweises aus. Wenn Ditzen meint, daß es nur durch Beweis möglich sei, von der Unkenntnis zur Kenntnis zu gelangen, so trifft dies für den „Beweis" im logischen Sinne wohl zu, aber nicht für den hier allein zu betrachtenden Begriff des Beweises im prozessualen Sinne. Der Beweis als Teil des Prozeßrechts hat den Zweck, entweder den Richter von der Wahrheit solcher Tatsachen zu überzeugen, auf die er das Recht anwenden soll, oder ihn mit solchen Erfahrungssätzen vertraut zu machen, die er bei der Rechtsanwendung benötigt. Jede Tätigkeit, die sich nicht auf die Beschaffung einer Rechtsanwendungsgrundlage bezieht, steht außerhalb des prozessualen Beweises, mag sie auch sonst in den Formen eines prozeßrechtlichen Beweises vor sich gehen.

Rechtssätze können also nicht Gegenstand eines Beweises sein, auch wenn die Formen einer Beweisaufnahme angewandt werden[41]), denn „in Wirklichkeit handelt es sich hierbei gar nicht um einen Beweis und dessen Erhebung".[42])

c) Der prozessuale Beweisbegriff.

Die Formulierung des Beweisbegriffes, daß darunter jede auf Gewinnung richterlicher Überzeugung gerichtete Tätigkeit zu verstehen ist, muß also insofern eingeschränkt werden, als nur eine Tätigkeit, die auf Beschaffung einer Rechtsanwendungsgrundlage gerichtet ist, einen Beweis im prozessualen Sinne darstellt. Auszuscheiden aus dem Beweisrecht ist jede Tätigkeit, die auf Findung von Sätzen des objektiven Rechts gerichtet ist. Ein Unterschied zwischen dem Strafprozeß und dem Zivilprozeß besteht dabei nicht. Es kann daher schon hier festgestellt werden, daß die Ermittlung

---

[41]) Hierüber näher unten § 3.

[42]) RGZ 81, 282; ebenso Beling, RStrPrR. S. 278 und Baumbach § 293 Erl. 1, A, B; anderer Meinung: Hegler, Ditzen, Alsberg s. Anm. 38.

von Rechtssätzen weder im Strafprozeß noch im Zivilprozeß im Wege des Frei„beweises" erfolgt (vgl. unten § 3); denn das Freibeweisrecht als Teil des formellen Beweisrechts untersteht dem oben klargestellten Begriff des prozeßrechtlichen Beweises, von dem in den folgenden Ausführungen auszugehen ist.

§ 2. Das Beweiserhebungsrecht des Zivilprozesses.

Das in der ZPO geregelte Beweiserhebungsrecht (formelle Beweisrecht) sieht in Übereinstimmung mit der StPO zwei Arten der Beweiserhebung vor: eine Beweisart für den „Beweis" schlechthin (im Strafprozeß Strengbeweis genannt) und für bestimmte Fälle einen Sonderbeweis: die Glaubhaftmachung. Ob daneben noch Raum für eine dritte Beweisart, wie den „Freibeweis" im Strafprozeß, ist, erscheint zunächst zweifelhaft. Im folgenden soll nun nach einer Betrachtung der beiden im Gesetz geregelten Beweisarten gezeigt werden, wie sich nur an Beispielen aus der Rechtsprechung und an Äußerungen im Schrifttum in einem bestimmten Umfange das Bestehen einer von den beiden gesetzlichen Beweisarten abweichenden dritten Beweisart feststellen läßt.

I. Der Normalbeweis.

Soweit die Parteien den Richter von der Wahrheit ihrer streitigen tatsächlichen Behauptungen überzeugen müssen, damit er sie bei der von ihnen begehrten Sachentscheidung berücksichtigt, wird der Beweis für den Ausgang des Rechtsstreites ausschlaggebend und damit zu einem wichtigen Kampfmittel der streitenden Parteien. Es kann daher nicht dahingestellt bleiben, wie ein solcher Beweis zu führen und zu erheben ist. Hierfür müssen vielmehr in jeder Prozeßordnung Vorschriften enthalten sein. Diese in jedem Verfahren erforderliche Regelung des formellen Beweisrechts[43]) ist für den Zivilprozeß in den §§ 355 ff. enthalten. Die wichtigsten Grundsätze des hier geregelten Beweisverfahrens sind die Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme. Der Satz, daß eine Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattzufinden habe (§ 355, I), wird in der Neufassung des

[43]) Hierunter fällt die Beweisführung, d. h. die Einführung des Beweismittels durch Beweisantritt seitens der Parteien und die Beweiserhebung durch das Gericht.

§ 375 durch die Novelle 1933 stark betont. Eine Übertragung der Zeugenbeweisaufnahme an einen beauftragten oder ersuchten Richter darf nur unter bestimmten, in § 375 aufgeführten Voraussetzungen erfolgen. Der in § 357 ausgesprochene Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme stellt eines der wichtigsten Parteirechte dar[44]). Den Parteien wird damit ein Recht auf Benachrichtigung vom Termin und auf persönliche Anwesenheit gegeben. Ein Verstoß gegen § 357 macht die Beweisaufnahme regelmäßig unwirksam[45]). Ferner ist hervorzuheben, daß zur Anordnung einer Beweisaufnahme ein förmlicher Beweisbeschluß notwendig ist, wenn die Beweisaufnahme nicht sofort erfolgen kann (§ 358). Der Inhalt dieses Beweisbeschlusses ist in § 359 vorgeschrieben. Im übrigen werden durch das formelle Beweisrecht die bei der Verwendung der einzelnen Beweismittel zu beobachtenden Förmlichkeiten eingehend geregelt. Als Beweismittel sieht die ZPO vor: Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Parteivernehmung. Der Beweis mit diesen Mitteln ist in einer bestimmten Form des Beweisantrittes zu führen.

Die Befolgung der Beweiserhebungsvorschriften ist Voraussetzung für die freie Würdigung des Beweisergebnisses durch das Gericht nach § 286 (RGZ 9, 324; 13, 421); denn „das Gericht darf keine Beweise berücksichtigen, die nicht im Verfahren ordnungsmäßig aufgenommen sind“ (RGZ 80, 364). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat keineswegs die „Tragweite, den Richter von der Befolgung der betreffenden Prozeßregeln zu entbinden“ (RGZ 15, 343). So dürfen z. B. private Auskünfte zu den Akten nicht für die Beweiswürdigung verwertet werden, sondern die Auskunftserteilenden sind als sachverständige Zeugen oder als Sachverständige zu vernehmen (RG SeuffArch. 68, 85). Welche Bedeutung der Einhaltung der für den Zeugenbeweis vorgeschriebenen Förmlichkeiten überhaupt beizumessen ist, führt das Reichsgericht in einer Entscheidung (RGZ 46, 410) mit besonderem Nachdruck aus: „Der persönliche Eindruck des Zeugen, die Anwesenheit der Parteien, das denselben eingeräumte Fragerecht, sowie die Möglichkeit und Zulässigkeit der Gegenüberstellung der Zeugen bieten eine Gewähr für die Ermittlung der Wahrheit, die dem Vortrage im Protokolle niedergelegter Zeugenaussagen, also dem Urkundenbeweise auch dann mangelt, wenn in einem früheren Prozesse die Vernehmung in

---

[44]) Baumbach § 357 Erl. 1, B.
[45]) RGZ 136, 299.

Anwesenheit derselben Parteien über denselben Gegenstand stattgefunden hat. . . . Es hat eben kein mit den Garantien des Zeugenbeweises ausgestatteter Vernehmungsakt stattgefunden."

Die Beweiserhebung ist also auch im Zivilprozeß durch bestimmte zwingende Vorschriften geregelt. Wie die angeführten Beispiele gezeigt haben, wird in der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf die genaue Einhaltung dieser Vorschriften geachtet. Durch die beiden Novellen zur ZPO von 1924 und 1933 hat das Beweisverfahren allerdings eine erhebliche Lockerung erfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen kann seit der Novelle 1924 eine schriftliche Zeugenaussage erfolgen (§ 377, III, IV). Die Novelle 1933 hat die Beeidigung in das Ermessen des Gerichts gestellt und als neues Beweismittel die Parteivernehmung unter Beseitigung des formalistischen Parteieides eingeführt. Aus guten Gründen ist das Beweisverfahren des Zivilprozesses von allen unnötigen Starrheiten befreit worden. Die Bezeichnung Strengbeweis, die in der Strafprozeßrechtslehre für die in der StPO geregelte Beweisart eingeführt ist, paßt hier nicht. Am besten wird man im Zivilprozeß, da es sich ja um das normalerweise anzuwendende Beweisverfahren handelt, von dem „Normalbeweis" sprechen.

II. Die Glaubhaftmachung.

Neben dem Normalbeweis ist in der ZPO noch die Glaubhaftmachung vorgesehen. Die Anwendung dieser Beweisart ist beschränkt auf die im Gesetz angegebenen Fälle. Es handelt sich hier um Prozeßfragen, also um die Feststellung prozessualerheblicher Tatsachen. Für eine Sachentscheidung bildet eine nur glaubhaft gemachte Tatsache keine ausreichende Grundlage. Eine einzige Ausnahme besteht im Wechselprozeß; hier genügt nach § 605, II die Glaubhaftmachung für den Beweis einer Nebenforderung. Um eine Tatsache glaubhaft zu machen, kann sich der Beweisführer aller Beweismittel bedienen; er ist hierbei nicht auf die Beweismittel der ZPO beschränkt, sondern kann auch andere Mittel heranziehen, mit denen er auf die richterliche Überzeugung einwirken kann[46]). Es sind also schriftliche Zeugenaussagen mit oder ohne eidesstattliche Versicherung zulässig; sogar das unzuverlässige Beweismittel der eigenen eidesstattlichen Versicherung ist ausdrücklich gestattet. Eine Beweisaufnahme braucht nicht in den Formen

[46]) Baumbach § 294 Erl. 2.

des Normalbeweises zu erfolgen[47]). Dieser Freiheit von allen Bindungen steht aber die Notwendigkeit gegenüber, daß die Beweismittel zur Stelle sein müssen, um eine sofortige Beweiserhebung zu ermöglichen (§ 294, II). Ein bloßes Erbieten zur Glaubhaftmachung darf nicht beachtet werden[48]). Während also einerseits die Beweisführung bei der Glaubhaftmachung durch die freie Form und die Zulässigkeit aller geeigneten Mittel erleichtert wird, erschwert andererseits das Gebot der sofortigen Beweisaufnahme die Beweisführung erheblich. Schon aus der freieren Form, der Zulässigkeit aller geeigneten Mittel und der Schnelligkeit, mit der die Glaubhaftmachung infolge der sofortigen Beweisaufnahme erfolgt, ergibt sich, daß der bei der Glaubhaftmachung zu erreichende Beweiserfolg nicht immer derselbe sein kann wie der des Normalbeweises. Die Zulässigkeit von Abweichungen, die bei der Glaubhaftmachung hinsichtlich des Beweiserfolges und des Beweisverfahrens bestehen können, erklärt sich aus dem Zweck der Glaubhaftmachung. Es handelt sich nämlich in diesen Fällen vielfach um „Entscheidungen, wodurch den Rechten des Gegners nicht definitiv präjudiziert wird“[49]), sodaß die Anwendung des Normalbeweises nicht erforderlich erscheint. Um aber zu vermeiden, daß eine Partei oder ein Dritter (z. B. ein Zeuge) prozessuale Rechte in Anspruch nimmt, die ihm tatsächlich nicht zustehen, kann eine bloße Behauptung nicht genügen; daher ist hier die Glaubhaftmachung vorgeschrieben, deren Zweck also in der Verhütung eines Mißbrauchs von Prozeßrechten durch eine Partei oder einen Dritten besteht[50]). Aus diesem Zwecke heraus erklärt sich die Zulässigkeit von Abweichungen hinsichtlich des Beweisverfahrens und des Beweiserfolges. Meist wird dies so ausgedrückt, daß im Gegensatz zum Normalbeweis, der die volle Überzeugung als Beweiserfolg erfordere, für die Glaubhaftmachung die bloße Wahrscheinlichkeit genüge. Es wird allerdings schwer sein, im Einzelfall diesen Unterschied festzustellen. Erhebliche Zweifel, die sich aus den Umständen dieser Beweisfrage ergeben, müssen auch bei der Glaubhaftmachung behoben sein und umgekehrt erfordert der Beweiserfolg des Normalbeweises keine jeden Zweifel ausschließende Überzeugung[51]). Der

---

[47]) RGZ 30, 376 (378); a. M. Kleinfeller a. a. O. S. 325.
[48]) Baumbach § 294 Erl. 4.
[49]) RGZ 30, 378.
[50]) Planck a. a. O. Bd. 1. S. 360 ff.
[51]) Die übliche Definition — volle Überzeugung des Richters dann, wenn kein vernünftig denkender und urteilender Mensch noch zweifelt (Rosenberg, Lehrb. § 113, I, 2, a) — ist entschieden übertrieben.

Unterschied im Beweiserfolg zwischen beiden Beweisarten hat im gemeinen Prozeß eine Rolle gespielt, wo ein Beweis nur erbracht war, wenn ein bestimmtes Maß von Beweisgründen vorlag, und wo diese formelle Beweisregelung gerade für die Glaubhaftmachung nicht galt[52]). Nach der ZPO ist aber der Unterschied zwischen beiden Beweisarten in dieser Beziehung nicht so erheblich, wie zum Teil offenbar angenommen wird.

III. Die dritte Beweisart.

Da die Anwendung der Glaubhaftmachung sich auf die von der ZPO bestimmten Einzelfälle beschränkt, liegt der Schluß nahe, daß in allen anderen Fällen, in denen nach den Vorschriften des materiellen Beweisrechts eine Beweiserhebung notwendig wird, der Beweis nach den „allgemeinen Grundsätzen" d. h. nach den Vorschriften des Normalbeweises zu erfolgen hat. Zunächst erscheint der Satz, daß der Normalbeweis als der „Beweis schlechthin" bei jeder Beweiserhebung anzuwenden ist, sofern nicht im Einzelfall ausnahmsweise das Sonderrecht der Glaubhaftmachung gilt, durchaus einleuchtend zu sein und auch dem Willen des Gesetzes zu entsprechen[53]). Bei näherem Zusehen läßt sich aber feststellen, daß in der Rechtsprechung unter teilweiser Billigung des Schrifttums Fälle anerkannt sind, wo eine erforderliche Beweiserhebung nicht in den Formen des Normalbeweises zu erfolgen braucht, ohne daß ein Fall der Glaubhaftmachung vorliegt. Es würde sich hier also um eine dritte Beweisart handeln, die zwischen dem Normalbeweis und der Glaubhaftmachung steht.

1. Der Beweis in den Fällen der freiwilligen mündlichen Verhandlung.

Der in § 128 ausgesprochene Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens gilt nicht ausnahmlos, sondern wird in einer Reihe von Fällen durch die Bestimmung, daß die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen könne, ausdrücklich aufgehoben. Ob eine mündliche Verhandlung stattfinden soll, steht im Ermessen des Gerichts.

---

[52]) Seuffert-Walsmann § 294 Erl. 1; Planck s. Anm. 50.
[53]) So Wroblewski a. a. O. S. 32.

a) Ohne mündliche Verhandlung.

Wenn das Gericht keine mündliche Verhandlung anordnet, so entscheidet es nach den ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen. Sind aber tatsächliche Behauptungen streitig, so müssen sie auch hier bewiesen werden; denn die äußere Form des Verfahrens kann an der Notwendigkeit einer Beweisführung nichts ändern, da diese Frage von dem jeweils geltendem Grundsatz der Stoffsammlung (im Zivilprozeß also grundsätzlich von der Verhandlungsmaxime) und nicht von der Mündlichkeit des Verfahrens abhängt. Damit, daß bewiesen werden muß, ist aber noch nichts darüber gesagt, wie hier zu beweisen ist. Die Form der Glaubhaftmachung kommt nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zur Anwendung. Wie aber in den übrigen Fällen, in denen die Glaubhaftmachung nicht genügt, bewiesen werden soll, ist zweifelhaft; denn der Normalbeweis kann nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung zur Anwendung kommen. Es müssen sich daher Zweifel ergeben, ob die Vorschriften über den Normalbeweis hier trotzdem entsprechend anzuwenden sind oder ob die Anwendung dieser Beweiserhebungsvorschriften, weil hier eben keine mündliche Verhandlung stattfindet, nicht möglich ist. Besonders häufig wird diese Frage im Beschwerdeverfahren praktisch, da dies der wichtigste Fall einer freiwilligen mündlichen Verhandlung ist und hier Beweiserhebungen ausdrücklich vorgesehen sind (§ 570). Die Rechtsprechung hat sich daher auch bereits mehrfach mit dieser Frage zu befassen gehabt.

aa) Rechtsprechung.

In einem Beschlusse des Kammergerichts vom 14. Mai 1888 (ZZP 13, 394 ff.) wird in den Gründen dargelegt, daß die Behauptung, das Beschwerdegericht sei an die Beweiserhebungsvorschriften nicht gebunden, weil diese Bestimmungen nicht für anwendbar erklärt worden seien, nicht aufgestellt werden könnte. Während das Kammergericht in diesem Beschlusse noch eine Abweichung von dem Normalbeweisverfahren grundsätzlich ablehnt, ist in der Folgezeit die Rechtsprechung zu einem anderen Ergebnis gekommen. Maßgebend wurde hier ein Beschluß des Reichsgerichts (3. Zivilsenat) vom 6. Mai 1898 (JW 1898, 325 Nr. 15), in welchem die Art und Weise weiterer Sachaufklärung in das freie richterliche Ermessen des Beschwerdegerichts gestellt wird. Bedeutsam sind ferner zwei Entscheidungen des OLG Dresden aus dem Jahre 1902,

die sich der Ansicht des Reichsgerichts anschließen. In einem Beschlusse des 4. Zivilsenates (Rsp. 5, 328) heißt es, daß es im pflichtgemäßen Ermessen des Beschwerdegerichts stehe, ob „es den Akteninhalt ohne weiteres für spruchreif erachten will oder in formlosem Verfahren vervollständigen will, oder ob es durch eine mündliche Verhandlung eine breitere Entscheidungsgrundlage schaffen will". Noch deutlicher äußert sich der 6. Zivilsenat desselben Gerichts in einem Beschlusse (SeuffArch. 57, 479): „Entscheidet das Beschwerdegericht ohne mündliche Verhandlung, so findet eine eigentliche Beweisaufnahme nicht statt." Ferner soll noch ein Beschluß des Kammergerichts aus dem Jahre 1931 (JW 1931, 3565 Nr. 4) angeführt werden, in dem betont wird, daß „das Beschwerdegericht bei der von ihm vorgenommenen Beweisaufnahme insofern freier gestellt sei, als die Formen der Beweiserhebung insoweit keine Anwendung finden, als sie auf das mündliche Verfahren zugeschnitten sind".

In der Rechtsprechung[54]) hat sich demnach, wie die angeführten Beispiele gezeigt haben, eine Praxis herausgebildet, die für die Art und Weise der Beweisführung im Beschwerdeverfahren, sofern keine mündliche Verhandlung stattfindet, nicht die Anwendung des Normalbeweises verlangt, sondern eine Beweiserhebung, deren Form im freien richterlichen Ermessen steht, als gültig ansieht. Diese Rechtsprechung bezieht sich aber nicht nur auf das Beschwerdeverfahren, sondern, wie aus den angeführten Entscheidungen selbst hervorgeht, auf alle Fälle, in denen das Gericht entsprechend der ihm gegebenen Möglichkeit ohne mündliche Verhandlung entscheidet. In diesen Fällen gilt also ein freies Beweiserhebungsrecht, das zwischen Normalbeweis und Glaubhaftmachung steht.

bb) Schrifttum.

Die Stellungnahme des Schrifttums zu dieser Frage ist nicht einheitlich. Zum Teil wird eine freiere Handhabung der Beweiserhebung abgelehnt, da auch hier die allgemeinen Regeln anzuwenden seien[55]). Andere[56]) lassen nur den Urkundenbeweis zu. Baumbach (s. Anm. 56) hält eine Beweisaufnahme, wenn keine

---

[54]) Weitere Beispiele: OLG Bamberg SeuffBl. 70, 214; OLG Breslau Rsp. 33, 87. Hier, wie zum Teil auch in den anderen Beispielen, handelt es sich um Beschwerden im Zwangsvollstreckungsverfahren.

[55]) Stein-Jonas (15. Auflage) § 128 Erl. V, A; Struckmann-Koch § 128 Erl. 4; Rosenberg § 151, II, 5.

[56]) Baumbach § 128 Erl. 3, C; Förster-Kann § 128 Erl. 4, b, cc.

mündliche Verhandlung stattfindet, für unmöglich, fügt aber hinzu, daß die Beweisaufnahme außerhalb einer mündlichen Verhandlung jedenfalls „keine richtige" sein könnte. Bemerkenswert ist die Stellungnahme von Stein-Jonas (s. Anm. 55). Bis zur 14. Auflage des Kommentars wurde die Ansicht vertreten, daß „die Formen der Beweisaufnahme, insbesondere § 357, weil sie schlechthin auf das mündliche Verfahren zugeschnitten sind, nur soweit Anwendung finden, als die Sachlage es gestattet". Diese mit der Praxis übereinstimmende Ansicht[57]) ist neuerdings aufgegeben worden. In der 15. Auflage heißt es, daß „die Beweisaufnahme in allem, auch in den Formen, den allgemeinen Regeln folge".

Die Bedenken des Schrifttums richten sich gegen eine Preisgabe des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit, dessen Durchführung bei einer Beweiserhebung im schriftlichen Verfahren nicht möglich sei. Gegen eine freiere Form der Beweiserhebung wird an sich nichts eingewandt. Die Parteiöffentlichkeit ist gewiß eines der wichtigsten Parteirechte, aber selbst im normalen Verfahren, wenn es sich um den Beweis von Tatsachen handelt, die für die Sachentscheidung erheblich sind, gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt. Durch die Zulassung der schriftlichen Zeugenaussage (§ 377, III, IV) ist er weitgehend aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgegeben worden, obwohl gerade beim Zeugenbeweis die Anwesenheit der Parteien in Verbindung mit ihrem Fragerecht nach § 397 von großer praktischer Bedeutung ist. In den Fällen, in denen das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann, handelt es sich aber um Entscheidungen von meist untergeordneter Bedeutung, für die das Gesetz sogar vom Grundsatz der Mündlichkeit abgeht, der sonst den gesamten Zivilprozeß beherrscht. Wo umfangreiche und schwierige Beweiserhebungen erforderlich sind, hat das Gericht die Möglichkeit durch Anordnung der mündlichen Verhandlung die Anwendung des § 357 zu sichern. Im übrigen ist nur darauf zu achten, daß das Gericht, auch wenn es ohne mündliche Verhandlung entscheidet, nicht den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzen darf. Den Parteien ist daher je nach den Umständen des Einzelfalles Gelegenheit zu geben, zu dem Ergebnis einer Beweiserhebung Stellung zu nehmen[58]), wobei es darauf ankommt,

---

[57]) Ferner vertreten von: Wilmowski-Levy § 536 (573) Erl. 2, c; v. Bülow GruchBeitr. 22, 122; Schultzenstein ZZP 13, 398 ff. (Bespr. des Kammergerichtsbeschlusses vom 14. 5. 1888); auch Nöldeke, ZZP 28, 438, der z. B. schriftlich erhobene Zeugenaussagen zuläßt.

[58]) KG JW 1931, 3565 Nr. 4; Petersen-Anger § 573 E. 6.

inwieweit die Parteien schon vorher, bei einer Beschwerde etwa vom Untergericht, zu der betreffenden Frage gehört worden sind.

b) Mit mündlicher Verhandlung.

Findet auf Anordnung des Gerichts eine mündliche Verhandlung statt, dann sollen die erforderlich werdenden Beweiserhebungen im Normalbeweisverfahren erfolgen, wie allgemein angenommen wird. Da das Hindernis, das man sonst für eine Anwendung dieser Beweiserhebungsvorschriften im Fehlen der mündlichen Verhandlung sah, hier wegfällt, ergibt sich diese Ansicht folgerichtig aus den obigen Ausführungen. In vielen Fällen wird das Gericht die mündliche Verhandlung schon aus dem Grunde anordnen, um die Anwendung des Normalbeweises, die nach Ansicht des Gerichtes erforderlich erscheint, zu ermöglichen. Daß aber die Anordnung der mündlichen Verhandlung zur Notwendigkeit werden kann, wie OLG München[59]) meint, ist nicht richtig. Ein Zeuge kann auch, ohne daß eine mündliche Verhandlung stattfindet, — allerdings nicht in den Formen der §§ 373 ff. — vernommen werden[60]); dem Beweisführer wird also nicht, wie OLG München befürchtet, die Beweisführung unmöglich gemacht, wenn er nur Zeugenbeweis antreten kann, das Gericht aber keine mündliche Verhandlung anordnet. Ob eine mündliche Verhandlung stattfindet, bestimmt das Gericht nach seinem Ermessen[61]). Wird sie angeordnet, so steht sie der notwendigen mündlichen Verhandlung nicht gleich. Ihr Zweck besteht nur in der Herbeiführung einer förmlichen Beweisaufnahme oder in der Ergänzung und Aufklärung der schriftlichen Parteierklärungen. Trotz der mündlichen Verhandlung können daher auch Tatsachen berücksichtigt werden, die vor oder nach der angeordneten mündlichen Verhandlung in freier Art und Weise bewiesen wurden[62]), da die mündliche Verhandlung nur eine breitere Entscheidungsgrundlage schaffen und damit der Ergänzung des schriftlichen Verfahrens dienen soll[63]).

---

[59]) Rsp. 31, 92.
[60]) Vgl. KG (s. Anm. 58) u. BayObLG SeuffArch. 41, 382.
[61]) Baumbach § 128 Erl. 3.
[62]) Vgl. den Fall in SeuffArch. 41, 382, wo erst Zeugenbeweis erhoben und dann mündl. Verh. angeordnet wurde. Nach diesem Beschluß des BayObLG ist sogar ein förmlicher Beweisbeschluß in einer freiwillig stattfindenden mündl. Verh. unzulässig. Hiergegen mit Recht Nöldeke, ZZP 28, 444; vgl. Förster-Kann § 128, 4, b, dd.
[63]) Rosenberg § 66, I, 2.

c) Weitere Beispiele.

Wie bereits erwähnt wurde, kommt auch außerhalb eines Beschwerdeverfahrens in Fällen, in denen ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, die in der Rechtsprechung für das Beschwerdeverfahren anerkannte freie Art der Beweiserhebung zur Anwendung. Hierfür sollen einige Beispiele angeführt werden:

aa) Ein in diesem Zusammenhang wichtiger Fall der freiwilligen mündlichen Verhandlung ist die Bewilligung der öffentlichen Zustellung (§ 204). Voraussetzung für die Bewilligung ist, daß der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist (§ 203). Hierbei muß es regelmäßig zum Beweis kommen. Das Gericht darf keineswegs den bloßen Behauptungen des Antragstellers glauben, da die öffentliche Zustellung trotz Fehlens ihrer Voraussetzungen wirksam ist, sodaß z. B. auf eine in dieser Weise zugestellte Klageschrift ein Versäumnisurteil ergehen kann, dessen Rechtskraft nicht mit dem Nachweis des Fehlens der Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung beseitigt werden kann[64]). Durch die öffentliche Zustellung kann daher leicht ein Urteil ergehen, das im Widerspruch zur materiellen Gerechtigkeit steht. Für den Richter, der sie bewilligen soll, ist deshalb „Vorsicht am Platze“[65]). Im Gegensatz zu den Glaubhaftmachungsfällen ist hier ein wirklicher Beweis — im Sinne von Beweiserfolg — unbedingt erforderlich. Für die Form der Beweiserhebung kommt aber nicht das Normalbeweisverfahren zur Anwendung, sondern „das freie Ermessen des Gerichts muß darüber entscheiden, welche Nachweise es für erforderlich, aber auch für ausreichend erachten will, um annehmen zu können, daß der Aufenthalt der betreffenden Person unbekannt sei“ (RGZ 59, 263). „Der Nachweis wird der Regel nach durch obrigkeitliche Bescheinigungen, unter Umständen auch durch Versicherungen unverdächtiger Privatpersonen, deren Unterschriften obrigkeitlich beglaubigt sind, zu erbringen sein“ (RG a. a. O.). Auch Bescheinigungen zweier Verwandten des Zustellungsempfängers können unter Umständen vom Gericht verlangt werden[66]). Im Normalbeweisverfahren müßten diese „Privatpersonen, Verwandten usw.“ als Zeugen entsprechend den §§ 373 ff. vom Gericht vernommen werden, hier aber begnügt man sich mit der Vorlage von schriftlichen Erklärungen und Be-

---

[64]) RGZ 59, 265.
[65]) Baumbach § 203 Erl. 2.
[66]) KG Rsp. 17, 317 lehnt dies als zu weitgehend ab.

scheinigungen. In ständiger Rechtsprechung [67]) unter Billigung des Schrifttums [68]) ist also für diesen praktisch bedeutsamen Fall ein freies Beweiserhebungsrecht anerkannt, welches im Gegensatz zum Beschwerdeverfahren nicht damit begründet wird, daß hier, sofern keine mündliche Verhandlung angeordnet wird, eine Beweisaufnahme nach §§ 355 ff. unmöglich ist. Auch wenn das Gericht hier eine mündliche Verhandlung stattfinden läßt, die schließlich nur in einer Vernehmung des Antragstellers besteht und daher als eine mündliche Verhandlung im eigentlichen Sinne nicht angesehen werden kann, wird an der freien Art der Beweiserhebung nichts geändert. Die öffentliche Zustellung ist für das Bestehen einer dritten zwischen Normalbeweis und Glaubhaftmachung stehenden Beweiserhebungsart ein besonders lehrreiches Beispiel, da hier die Beweisfrage infolge der einschneidenden Wirkung einer nur fingierten Zustellung oft praktisch wird, d. h. zur Entscheidung oberer Gerichte gelangt, sodaß sich die Anwendung dieser Beweisart in größerem Maße durch Entscheidungen belegen läßt.

bb) Das entsprechend den Voraussetzungen des § 36 um Bestimmung des zuständigen Gerichts angegangene höhere Gericht hat das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen. Ergeben sich Zweifel, so müssen Beweise erhoben werden. Hierfür stehen einmal die Beweise, die der Gesuchsteller angetreten hat, zur Verfügung. Hat dieser aber keine Beweismittel für die Wahrheit der Tatsachen, auf die er sein Gesuch stützt, angegeben, so muß das Gericht „eigene Ermittlungen anstellen". [69]) Weder die Beweise des Gesuchstellers, noch die eigenen Ermittlungen des Gerichts bedürfen einer förmlichen Beweisaufnahme.

cc) Die Partei, die einen Richter nach § 42 ablehnt, hat den Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen (§ 44). Neben der Glaubhaftmachung, die ja nur den Zweck hat, einen Mißbrauch — etwa zum Zwecke der Prozeßverschleppung (vgl. RGZ 44, 402) — zu verhüten, können aber, ehe über das Ablehnungsgesuch entsprechend §§ 45, 46 entschieden wird, weitere Beweiserhebungen erforderlich sein; denn die betreffende Partei wird sich meist mit einer Bezug-

---

[67]) Weitere Beispiele: RGZ 61, 359; OLG Hamburg SeuffArch. 43, 463; OLG Stuttgart SeuffArch. 64, 245; OLG Dresden SeuffArch. 77, 163; OLG Jena ZZP 26, 518.

[68]) z. B. Stein-Jonas § 203, I, 1; Baumbach § 203, 2.

[69]) Stein-Jonas § 37 Erl. 1; Seuffert-Walsmann § 37 Erl. 2; Baumbach § 37 Erl. 1; Schultzenstein ZZP 23, 82.

nahme auf das Zeugnis des abgelehnten Richters begnügen und eigentliche Glaubhaftmachungsmittel nicht vorbringen. Das Gericht ist aber zu einer „eigenen Wahrheitsforschung" nicht nur bei den Ausschließungsgründen, sondern bei allen Ablehnungsgründen berechtigt und verpflichtet[70]). Das hier gegebene Beweismittel ist die dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters, die in § 44, III ausdrücklich vorgesehen ist[71]). Bei ihr handelt es sich, wie OLG Hamburg in einem Beschlusse vom 20. Dezember 1906 (Rsp. 15, 129) ausführt, „nicht um eine Angelegenheit des inneren Dienstes der Gerichte, nicht um einen amtliche Rechenschaft gebenden Bericht eines Richters gegenüber seinem dienstlichen Vorgesetzten, sondern lediglich um eine Äußerung, die dem beschließenden Gericht nach Art der Aussage eines Zeugen Aufklärung über den dem Ablehnungsgesuche zugrunde liegenden Sachverhalt geben soll". Klar und treffend ist in dieser Entscheidung der Charakter der dienstlichen Äußerung als Beweismittel gekennzeichnet. Daß es sich hierbei um einen besonderen, von dem Normalbeweis abweichenden Zeugenbeweis handelt, ergibt sich auch daraus, daß mit dem Zeugnis des abgelehnten Richters, auf das sich die Partei beziehen kann, unstreitig die in § 44, III erwähnte dienstliche Äußerung gemeint ist, die im übrigen von Amts wegen einzuholen ist.

Die Bezugnahme der Partei auf diese dienstliche Äußerung zur „Glaubhaftmachung" des Ablehnungsgrundes widerspricht so sehr dem Wesen der Glaubhaftmachung (§ 294), daß es sich hierbei um eine eigentliche Glaubhaftmachung ebensowenig handeln kann wie um einen Normalbeweis. Das Gesetz, das nur den Normalbeweis und die Glaubhaftmachung kennt, regelt zwar den Nachweis des Ablehnungsgrundes durch die dienstliche Aussage des Richters als eine besondere Art der Glaubhaftmachung, in Wirklichkeit liegt aber hier ein Anwendungsfall einer in den bisherigen Ausführungen bereits mehrfach festgestellten dritten Beweisart vor.

dd) Im allgemeinen dürfen Termine nur an der Gerichtsstelle abgehalten werden. Unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt aber § 219 das Abhalten eines Termines außerhalb der Gerichtsstelle. Für die hier interessierenden Fragen kommt nur der Fall in Betracht, daß eine Person (Partei, Zeuge, Sachverständiger), mit der verhandelt werden soll, am Erscheinen vor Gericht verhindert ist. Ob die Verhandlung mit der betreffenden Person zur „Herbei-

[70]) Hellwig, System § 36, III, 3, b; Seuffert-Walsmann § 46 Erl. 1; Baumbach § 46 Erl. 1; nach Stein-Jonas § 46 Erl. I nur bei Ausschließungsgründen.

führung einer gerechten Entscheidung der Streitsache nützlich" und daher erforderlich im Sinne des § 219 ist, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, wozu Beweiserhebungen nicht nötig sind [72]). Das Gericht muß aber außerdem prüfen, ob die betreffende Person, mit der es die Verhandlung für erforderlich hält, tatsächlich am Erscheinen verhindert ist. Das Gericht darf nicht einfach die Angaben einer Partei hinnehmen. Mit Rücksicht auf die der Staatskasse erwachsenden Unkosten (Reisekosten, Tagegelder) muß jeder Richter hier sorgfältig verfahren, da ihm anderenfalls Ersatzansprüche des Fiskus drohen (s. RGZ 56, 359). Zu einer Beweiserhebung über die Frage, ob die fragliche Person verhindert ist, wird es daher regelmäßig kommen [73]). Niemand verlangt aber hierzu eine förmliche Beweisaufnahme.

2. Die Streitwertfestsetzung nach § 3 ZPO.

Ist der Wert eines Streitgegenstandes für die sachliche Zuständigkeit von Bedeutung, so wird er bei Zweifeln oder Streit durch Beschluß des Gerichts festgesetzt [74]). Diese Festsetzung erfolgt nach freiem Ermessen des Gerichts [75]), sodaß hier für die Beweiserhebung „auch prozessual nicht statthafte Beweismittel" [76]) zulässig sind. Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift gilt also für diese Frage der sachlichen Zuständigkeit eine freie Art der Beweiserhebung.

3. Ergebnis.

Die bisherigen Ausführungen haben bereits soviel gezeigt, daß es im Zivilprozeß neben den beiden gesetzlichen Beweisarten eine dritte Beweisart gibt, bei der der Richter von den gesetzlichen Beweiserhebungsformen abweichen kann [77]). Das Zivilprozeßrecht erfordert also nicht, daß die als Beweis bezeichnete Tätigkeit, die in dem Richter die volle Überzeugung von der Wahrheit behaupte-

---

[71]) Beispiele: KG JW 1931, 1104 Nr. 5 und 6.

[72]) RGZ 56, 359.

[73]) Angedeutet in RGZ 56, 359 „—nachdem sich herausgestellt hatte, daß —".

[74]) Die regelmäßig erforderliche Streitwertfestsetzung als Grundlage für die Gebührenberechnung erfolgt nach § 18 GKG.

[75]) Eingeschränkt durch die in den §§ 4—9 aufgestellten Regeln.

[76]) Baumbach § 3 Erl. 3.

[77]) Über die praktische Auswirkung dieses richterlichen Rechtes zur Abweichung von den gesetzlichen Beweisförmlichkeiten siehe unten § 5, IV.

ter Tatsachen (bzw. Erfahrungssätze) begründen soll, sich nur in den gesetzlich vorgesehenen Formen vollzieht. Auch außerhalb dieser Formen kann in prozeßrechtsmäßiger Weise bewiesen werden. Diese dritte Beweisart entspricht ihrem Wesen nach dem strafprozessualen Freibeweis, sodaß die Bezeichnung „Freibeweis" für diese Beweisart übernommen werden kann.

§ 3. Der Beweis im formellen Sinne.

Der unglücklich gefaßte § 293, nach dem eine Pflicht der Parteien besteht, bestimmte Rechtsnormen (fremdes Recht, Gewohnheitsrecht und autonome Satzung), wenn der Richter sie nicht durch eigene Forschung ermitteln kann, dem Gericht nachzuweisen, hat zu der Annahme geführt, daß Rechtssätze beweisfähig sein könnten. Es war bereits oben (§ 1, III, 2, b) ausgeführt worden, daß die Ermittlung von Rechtssätzen außerhalb des prozessualen Beweises steht. Da allgemein anerkannt ist, daß der Richter bei der Benutzung der von den Parteien „angetretenen Beweise", sowie bei seiner eigenen Ermittlungstätigkeit „nicht an die für das Beweisverfahren der ZPO gegebenen Formen und Regeln gebunden, aber auch nicht gehindert ist, sich ihrer zu bedienen" [78]), muß bei der äußerlichen Übereinstimmung mit dem Freibeweisverfahren hier auf dieses „Beweisverfahren" eingegangen werden.

Es ist nach § 293 unbestreitbar, daß zur Ermittlung von Rechtssätzen Beweismittel benutzt werden können. Oft wird sich ja auch ein Rechtssatz nicht anders ermitteln lassen, als daß man die gesetzlichen Beweismittel heranzieht. Man denke nur an die Ermittlung eines Gewohnheitsrechtes. Hier wird es meistens erforderlich sein, Zeugen zu vernehmen, um Übungsfälle festzustellen [79]). Der § 293 gibt dem Gericht eine Handhabe bei dieser Ermittlungstätigkeit die interessierten Parteien, die hier viel eher in der Lage sind, die erforderlichen Zeugen zu benennen, zur Mitwirkung heranzuziehen, sodaß eine Art Arbeitsgemeinschaft zwischen Richter und Partei entsteht. Wenn aber durch Einholung einer amtlichen Auskunft der anzuwendende Rechtssatz (z. B. eine Bestimmung des ausländischen Rechtes) gefunden werden kann, ist es überflüssig, das Einholen dieser Auskunft durch einen förmlichen Beweisbe-

[78]) RGZ 81, 282; ebenso RGZ 80, 268; RG JW 1901, 399 Nr. 12; RG JW 1905, 398 Nr. 22; weitere Nachweise bei Förster-Kann § 293 Erl. 3.
[79]) RGZ 30, 366; 76, 114 und RG JW 1901, 399 Nr. 12.

schluß anzuordnen (wie in RGZ 115, 104). Nur wo zur Ermittlung eines Rechtssatzes bestimmte Tatsachen, die man als rechtsfindungserhebliche oder Rechtsquellen-Tatsachen bezeichnen kann, festgestellt werden müssen, ist die Benutzung von Mitteln des prozessualen Beweises angebracht, da diese ihrem Zweck entsprechend zur Tatsachenfeststellung geeignet sind. Dadurch wird aber die Erforschung von Rechtssätzen nicht zum Gegenstand eines prozessualen Beweises, da der Benutzung der Beweismittel, auch wenn sie in den nach der ZPO vorgesehenen Formen erfolgt, die zu einem prozessualen Beweise erforderliche materiell-prozeßrechtliche Beweisgrundlage fehlt. Nur auf dieser Grundlage des materiellen Beweisrechts, also nur — entsprechend dem prozessualen Beweisbegriff — zur Feststellung rechtsanwendungserheblicher Tatsachen (bzw. Erfahrungssätze), kommen die Formen, in denen prozeßordnungsgemäß bewiesen werden kann, — Normalbeweis (im Strafprozeß Strengbeweis), Freibeweis und Glaubhaftmachung — zur Anwendung. Nach der bereits angeführten Entscheidung des Reichsgerichts (3. Zivilsenat vom 4. Februar 1913 in RGZ 81, 282) ist der Richter „befugt und verpflichtet, sich den zur Erkenntnis und Auslegung des Gesetzeswillens ihm erforderlich oder dienlich erscheinenden Stoff in jeder dem richterlichen Feingefühle geeignet erscheinenden Weise zu verschaffen". Bedient er sich dabei der Formen einer Beweisaufnahme, so könnte man hier mangels einer materiell-prozeßrechtlichen Beweisgrundlage nur von einem Beweis im formellen Sinne sprechen[80]).

Infolge der grundsätzlichen Verschiedenheit (Gegensatz: Rechtsfindung — Rechtsanwendung) gehört der „Beweis von Rechtssätzen" trotz der äußerlichen Übereinstimmung also nicht zum Anwendungsbereiche des Freibeweises.

[80]) Dem Sinne nach wohl ebenso Baumbach § 293 Erl. 1, A, B.

Zweiter Teil:

Der zivilprozessuale Freibeweis im besonderen.

§ 4. Einleitung.

1. Die bisherigen Ausführungen verfolgten lediglich den Zweck, das Bestehen des noch unbekannten zivilprozeßrechtlichen Freibeweises erst einmal festzustellen. Im folgenden soll die Anwendung nach allgemeinen Gesichtspunkten begründet und abgegrenzt werden. Es wird sich dabei erweisen, daß der Anwendungsbereich des Freibeweises viel umfassender ist, als man zunächst annimmt.

2. Wie oben (§ 1, III, 2) ausgeführt worden war, soll der Beweis als Teil des Prozeßrechts den Richter von der Wahrheit solcher Tatsachen überzeugen, auf die er das Recht anzuwenden hat. Beweisfähig sind daher die Tatsachen, aus denen sich unmittelbar oder mittelbar das Vorhandensein eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmales ergibt. Diese rechtsanwendungserheblichen Tatsachen lassen sich je nach Art der im Einzelfall anzuwendenden Rechtsnorm einteilen in

a) materiellerhebliche und
b) prozessualerhebliche Tatsachen.

Da hinsichtlich der Bedeutung dieser beiden Tatsachengruppen im Verfahren ein Unterschied zwischen einem Zivilprozeß und einem Strafprozeß nicht bestehen kann, kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß bei der Feststellung materiellerheblicher Tatsachen im Zivilprozeß vom Normalbeweisrecht ebensowenig abgewichen werden darf wie im Strafprozeß vom Strengbeweisrecht. Eine Untersuchung über das Freibeweisrecht hat daher von dem im folgenden noch näher zu begründenden Satze auszugehen, daß als Freibeweisgegenstand nur prozessualerhebliche Tatsachen in Frage kommen können.

3. Eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, die sich allgemein zu dem Beweis von Verfahrensfragen äußert, fehlt allerdings im Gegensatz zum Strafprozeß hier vollständig. Daraus kann

aber nicht geschlossen werden, daß der Freibeweis — abgesehen von den wenigen anerkannten Fällen — nicht anwendbar sei; denn die Lage ist rechtlich und tatsächlich von der im Strafprozeß verschieden. Im Zivilprozeß wird angesichts der praktischen und vernünftigen Vorschrift des § 295, der das Erheben von Verfahrensrügen erheblich einschränkt, die behauptete Verletzung einer Normalbeweisvorschrift kaum Gegenstand einer Revision werden. Im Strafprozeß, der eine Heilung von Verfahrensmängeln nicht kennt, wird naturgemäß jedes Mittel ausgenutzt, um die Rechtskraft des Strafurteils hinauszuschieben und eine erneute Sachverhandlung herbeizuführen. Im Zivilprozeß würde es viel zu kostspielig sein und daher in keinem Verhältnis zu dem zu erreichenden Erfolge stehen, wenn die Parteien durch Erheben prozessualer Revisionsrügen die Rechtskraft eines Sachurteils hinausschieben würden. Den Parteien ist an einer schnellen rechtskräftigen Sachentscheidung mehr gelegen, als an der Beobachtung der einzelnen Verfahrensvorschriften. Es ist daher garnicht zu erwarten, daß das Reichsgericht sich zu der Frage der Anwendung des Freibeweises im Zivilprozeß ausdrücklich äußert, da ihm hierzu der Anlaß fehlt.

Für solche prozessuale Fragen, über die ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, ist die Anwendung des Freibeweises im wesentlichen anerkannt, wie bereits oben (§ 2, III, 1) ausgeführt wurde. Ob aber der Freibeweis darüber hinaus für alle prozessualerheblichen Umstände gilt oder ob innerhalb der prozessualerheblichen Tatsachen wieder bestimmte Unterschiede zu machen sind, bedarf näherer Prüfung [81]).

4. Die Bedeutung, die den prozessualerheblichen Tatsachen im Verfahren zukommt, ist verschieden. Zum Teil hängt von ihnen überhaupt die Zulässigkeit einer Sachverhandlung und Sachentscheidung ab. Solange diese prozessualen Fragen (die sog. Prozeßvoraussetzungen) noch ungeklärt sind, kann das Gericht den Streitfall der Parteien nicht verhandeln und entscheiden [82]). Ein anderer Teil der prozessualerheblichen Tatsachen bedingt als besondere Prozeßvoraussetzungen die Zulässigkeit einer erneuten Verhandlung vor einem höheren Gericht (Zulässigkeitsvoraussetzungen des

---

[81]) Keiner näheren Untersuchung bedarf die Frage, wie die sog. doppelrelevanten Tatsachen zu beweisen sind. Seit einer grundlegenden Entscheidung (RGZ 29, 371) genügt für ihre prozessuale Verwendung zunächst ihre Behauptung, da sie dann als materiell-erhebliche ohnehin zu beweisen sind (st. Rsp.).

[82]) Rosenberg § 89, I, 2.

eingelegten Rechtsmittels) oder beeinflußt die Durchführung und Ausgestaltung des Verfahrens im einzelnen (Terminsort, Art der Durchführung einer Beweisaufnahme); wieder andere prozessualerhebliche Umstände kommen nur als Grundlage einer Verfahrensrüge in Betracht (z. B. vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts). Die folgenden Ausführungen befassen sich zunächst nur mit dem Beweis der allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen.

§ 5. Der Beweis der allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen.

I. Die von Amts wegen erforderte Nachweisung.

1. Grundsätzlicher Unterschied vom Beweis im Streitverfahren.

a) Das Vorliegen der allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen, d. h. das Gericht muß von der Partei, die sich auf die Zulässigkeit der Sachverhandlung und Sachentscheidung beruft, in Zweifelsfällen den Nachweis fordern. Es müssen also hier Tatsachen bewiesen werden, obwohl der Gegner nicht bestreitet oder vielleicht sogar dasselbe behauptet. Denn das Gericht muß darauf achten, daß es von den Parteien nur zu einem verfahrensrechtlich vorgesehenen Zwecke und in verfahrensrechtlich bestimmter Weise angegangen wird. Hier handelt es sich also nicht darum, daß die Parteien um die Wahrheit einer Behauptung, die der Richter bei der von ihnen begehrten Sachentscheidung zu Grunde legen soll, streiten und jede Partei den Richter von der Wahrheit ihrer Behauptung zu überzeugen sucht, wie dies bei den materiellerheblichen Tatsachenbehauptungen der Fall ist. Vielmehr muß hier die Partei, die das Gericht in Anspruch nehmen will, auf Verlangen des Gerichts das Vorliegen der zulässigkeitsbegründenden Tatsachen nachweisen, damit das Gericht in die Sachverhandlung eintreten bzw. sie fortsetzen und so zur Sachentscheidung gelangen kann. Während sonst, wenn die Wahrheit materiellerheblicher Tatsachenbehauptungen in Frage steht, die eine Partei durch Bestreiten die andere zur Beweisführung zwingt, nötigt hier der Richter selbst die Partei zur Beweisführung. Dies tritt besonders deutlich im Versäumnisverfahren hervor. Erscheint der Beklagte nicht, so gilt das tatsächliche Vorbrin-

gen des Klägers als zugestanden (§ 331). Das Vorbringen des Klägers bedarf also keines Beweises, wohl aber muß der Kläger den Nachweis für die von Amts wegen zu beachtenden Umstände erbringen, was § 355 noch besonders hervorhebt. Überall, wo das Gericht auf Grund zwingender Zulässigkeitsvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen hat, ob bestimmte Tatsachen vorliegen, stehen beim Beweis dieser Voraussetzungen nicht die beiden Parteien gegenüber, sondern nur die beweispflichtige Partei und das Gericht.

b) Es kann also nicht geleugnet werden, daß zwischen dem Beweis materiellerheblicher Tatsachen und dem von Amts wegen erforderten „Nachweise" ein bestimmter Unterschied besteht. Der Beweis der materiellerheblichen Tatsachen spielt sich in dem dreiseitigen Verhältnis zwischen Gericht und den streitenden Parteien ab, während sich der Beweis der allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen, deren Vorliegen das Gericht von Amts wegen nachprüft, in dem nur zweiseitigen Verhältnis zwischen Gericht und einer Partei vollzieht, also außerhalb des eigentlichen Streitverfahrens steht [83]). Dieser Unterschied muß sich auch in der Anwendung der Beweisformen auswirken, was die weiteren Ausführungen begründen sollen.

2. Zweckentsprechende Einschränkung des Normalbeweises ergibt den Freibeweis.

a) Die Urteilsgrundtatsachen und ihr Beweis.

aa) Die „zentrale" Bedeutung der Urteilsgrundtatsachen.

Der Zivilprozeß als Teil der staatlichen Rechtspflege dient der Erledigung eines Rechtsstreites zweier Parteien, die sich gleichberechtigt gegenüberstehen. Sein Zweck ist die Verwirklichung der Rechtsordnung durch Anwendung ihrer Normen auf den von den Parteien vorgebrachten Streitfall. Das Mittel der Rechtsanwendung ist der Urteilsspruch, der damit das Ziel des Verfahrens darstellt. Auf dieses Ziel, durch das die Prozeßordnung erst ihren Sinn erhält, sind die Verfahrensvorschriften grundsätzlich ausgerichtet. Dies gilt besonders von den Vorschriften, die eine einwandfreie Ermittlung beweisbedürftiger Tatsachen garantieren sollen. Einer solchen sorgfältigen Ermittlung bedürfen nur die Tatsachen, auf denen sich der von den Parteien begehrte Urteilsspruch aufbauen soll. Gegenüber allen anderen im Prozeß erheblichen Tatsachen treten diese Tatsachen durch ihre „zentrale" Bedeutung hervor,

denn sie sind dazu bestimmt, das „Urteilsgebäude zu tragen". [84]) „Alle anderen Tatsachen sind", so führt Beling (s. Anm. 84) aus, „mit ihnen verglichen nebensächlich, nebensächlich wenigstens im Gedankenkreis des Prozesses selber." Für die Frage, welche Beweisart anzuwenden ist, folgt also daraus, daß die Anwendung des Normalbeweises davon abhängt, ob die zu beweisenden Tatsachen die Urteilsgrundlage bilden sollen [85]).

bb) Folgerung für den Beweis der materiellerheblichen Tatsachen.

Von den rechtsanwendungserheblichen Tatsachen, die im Prozeß zu beweisen sind, kommt regelmäßig nur den materiellerheblichen Tatsachen die Bedeutung von Urteilsgrundtatsachen zu. Auf ihnen baut sich die Sachentscheidung auf, die normalerweise das Verfahren beendet. Für die Art und Weise, wie der Richter von der Wahrheit materiellerheblicher Tatsachenbehauptungen der Parteien zu überzeugen ist, müssen daher die in der ZPO aufgestellten Regeln beachtet werden, damit eine einwandfreie Grundlage für die Sachentscheidung gewährleistet ist. Der Beweis der materiellerheblichen Tatsachen kann daher, wie bereits ausgeführt wurde, nur im Wege des Normalbeweises erfolgen. Mit Recht achtet das Reichsgericht (s. die oben — § 2, I — angeführten Beispiele) auf die Einhaltung der beim Normalbeweis zu beobachtenden Förmlichkeiten und erklärt, daß „das Gericht keine Beweise berücksichtigen dürfe, die nicht im Verfahren ordnungsmäßig aufgenommen sind" (RGZ 80, 364).

b) Der Freibeweis für die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen.

aa) Anwendung des Freibeweises.

Den prozessualerheblichen Tatsachen kommt, wenn man an den Regelfall denkt, daß das Verfahren mit einer Sachentscheidung endet, diese „zentrale" Bedeutung nicht zu; denn die zur Feststellung der allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen vorgenommenen Beweiserhebungen sind nicht dazu bestimmt, die Richtigkeit des Urteilsspruches zu gewährleisten, sondern sie sollen dem Richter erst die Befugnis und Pflicht zur sachlichen Entscheidung geben. Der Richter muß also von dem Vorliegen dieser

[83]) Der Fall, daß sich dieser Beweis innerhalb des Streitverfahrens abspielt (Zwischenstreit nach § 275 oder § 303), wird noch (unten § 5, II) zu behandeln sein.

[84]) Beling, Festschr. f. Binding II, S. 146.

[85]) Im folgenden als „Urteilsgrundtatsachen" bezeichnet.

prozessualerheblichen Tatsachen ebenso überzeugt sein, wie bei den materiellerheblichen Tatsachen, aber die Anwendung des Normalbeweises würde hier über den Zweck dieses Beweisverfahrens hinausgehen und damit überflüssig erscheinen. Aus dieser zweckentsprechenden Beschränkung der Normalbeweisanwendung ergibt sich das Bestehen und die Anwendung des Freibeweises, d. h. einer im richterlichen Ermessen stehenden Form der Beweiserhebung, wie sie schon im ersten Teile dieser Untersuchung festgestellt wurde. Eine Beweiserhebung wird in diesen Fällen erforderlich, sobald dem Richter hinsichtlich des Vorliegens der von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen Bedenken tatsächlicher Art kommen [86]).

bb) Durchführung des Freibeweises.

Der Richter muß allerdings warten, bis die Parteien, die der Richter auf diese Bedenken aufmerksam zu machen hat (§ 139, II), für die Zulässigkeit der begehrten Sachverhandlung und Sachentscheidung Beweismittel benennen; denn er bleibt grundsätzlich auf die von den Parteien beschafften Nachweise beschränkt, da es nicht Sache des Gerichts ist, die Zulässigkeit von Amtswegen zu ermitteln [87]). Das schließt aber nicht aus, daß der Richter, der die bestehenden Zweifel durch weitere Verhandlung klären soll [88]), bei den Akten befindliche Unterlagen heranzieht oder auch einmal — man denke an die Verhältnisse eines kleinen Amtsgerichts — eine zufällig anwesende Person (z. B. Zuhörer) befragt, ohne daß diese Beweismittel ausdrücklich von einer Partei genannt worden wären. Es genügt ja vollkommen, wenn in diesen Fällen die beweispflichtige Partei damit einverstanden ist. Der Richter ist aber zur Erhebung solcher Beweise, die von den Parteien nicht ausdrücklich angetreten werden, nicht verpflichtet. Eine Pflicht be-

---

[86]) Anders bei Zweifeln rechtlicher Art, wie stets bei der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges, wo es auf den Beweis von Tatsachen nicht ankommt (RGZ 125, 399).

[87]) v. Weber, ZZP 57, 95; Rosenberg § 63, IV, 2, a; Hellwig, System § 143, II, 1; a. M.: Birkmeyer, ZZP 7, 155 ff., 171 ff., 431, 437 und besonders 442/443, dem aber zu erwidern ist, daß die Wahrung des öffentlichen Interesses, wo es durch Leugnen einer in Wahrheit begründeten Zulässigkeit verletzt werden kann, eben in den Händen der Parteien liegt. Das folgt aus dem Wesen des Zivilprozesses. Mit derselben Berechtigung, mit der B. die Untersuchungsmaxime für die Zulässigkeit fordert, wäre sie dann auch für die Begründetheit zu fordern.

[88]) RG HRR 1929, 959.

[89]) Vgl. RGZ 130, 54; so auch schon Birkmeyer ZZP 7, 439 Anm. 327.

steht dagegen zur Einholung einer amtlichen Auskunft, die für die Feststellung von Prozeßvoraussetzungen oft das beste Beweismittel sein wird[89]). Die große Bedeutung, die diesem nicht in der ZPO geregelten und daher außerhalb des Normalbeweisverfahrens stehenden Beweismittel zukommt, zeigt sich darin, daß die Novelle 1924 — der ständigen Übung der Praxis Rechnung tragend — dieses echte Freibeweismittel in § 272[b], II, 2 ausdrücklich erwähnt (s. im übrigen unten § 5, IV, 1, a, bb und § 6, II, 2).

Hat die Erhebung der von den Parteien beschafften „Nachweise" an sich den Beweis der Zulässigkeit erbracht, so kann der Richter, wenn er trotzdem aus irgendeinem anderen Grunde, der sich nicht aus den Verhandlungen oder bisherigen Beweiserhebungen ergibt, noch Bedenken hat, sich nicht damit begnügen, von den Parteien weitere Nachweise zu verlangen, sondern er muß selbst Beweise für seinen Verdacht der Unzulässigkeit ermitteln[90]). Allerdings dürfte dieser Fall nur selten eintreten[91]).

cc) Das prozeßabweisende Endurteil und der Freibeweis.

Wie ist es aber, wenn die Beweiserhebungen ergeben, daß die Prozeßvoraussetzungen nicht vorliegen, und der Richter daher die Klage durch Endurteil als unzulässig abweist? Es scheint so, als ob hier die durch Beweis festgestellten prozessualerheblichen Umstände (Parteiunfähigkeit, Prozeßunfähigkeit) zur Urteilsgrundlage geworden sind. Dann müßten aber nach den obigen Ausführungen die Garantien des Normalbeweises zur Anwendung kommen, damit die Richtigkeit des Urteils gewährleistet ist. Dies würde zu der unmöglichen Folgerung führen, daß erst nach den Beweiserhebungen, wenn der Beweiserfolg eingetreten ist, bestimmt werden kann, welche Beweisart anzuwenden ist.

Gegen die aufgeworfenen Bedenken spricht folgender Grund. Wenn ein prozeßabweisendes Endurteil ergeht, kann dies eine Folge der Beweislast sein, da die erhobenen Beweise nicht den gewünschten Erfolg hatten. Die zwecks Feststellung der Zulässigkeit vorgenommenen Beweiserhebungen erfolgen nicht, um die Unzulässigkeit festzustellen; sie sind daher, wenn ein prozeßabweisendes Endurteil ergeht, nur Beweisversuche geblieben und können also, da sie positiv nichts feststellen, nicht positive Grundlage des

[90]) So auch v. Weber — ZZP 57, 95 ff. —, der für die Feststellung der Unzulässigkeit die Untersuchungsmaxime gelten läßt.

[91]) Feststehende Beispiele nach v. Weber (a. a. O.) Exterritorialität, Winkeladvokat (§ 157).

prozeßabweisenden Endurteils sein. Allerdings scheint dieser Grund nur zutreffend zu sein, wenn man die Beweislage so zuspitzt, daß die Beweislast in Erscheinung tritt. In den meisten Fällen wird aber, wenn die Beweiserhebungen, die die Zulässigkeit feststellen sollen, erfolglos bleiben, damit zugleich die Unzulässigkeit feststehen. Dies folgt schon aus dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung. Die Frage der Beweislast taucht aber erst auf, wenn trotz freier Beweiswürdigung das Gericht zu keiner Überzeugung kommen kann. Aber im Unterschied zu den Tatsachen, die die Grundlage eines Sachurteils bilden sollen, müssen die unzulässigkeitsbegründenden Tatsachen nicht feststehen, damit das prozeßabweisende Endurteil ergehen kann. Auch ohne daß der Richter von der Wahrheit der unzulässigkeitsbegründenden Tatsachen überzeugt ist, kann der Richter die Klage als unzulässig abweisen. Für die Annahme der Unzulässigkeit genügt, daß der Richter von der Zulässigkeit nicht überzeugt ist. Können die Parteien die von Amts wegen erforderten Nachweise nicht beschaffen, so müssen sie die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Es liegt kein öffentliches Interesse vor, die wirkliche Unzulässigkeit von Amts wegen zu ermitteln [92]).

c) Zusammenfassung.

Für den von Amts wegen erforderten Nachweis gilt also, wie die bisherigen Ausführungen ergaben, der Freibeweis ohne Rücksicht darauf, ob die Beweiserhebungen zur Feststellung der Zulässigkeit oder zur Abweisung der Klage (bzw. Verwerfung des Rechtsmittels) wegen Unzulässigkeit führen. Zur Begründung wurde zunächst (oben 1) darauf hingewiesen, daß sich dieser Beweis im Gegensatz zu den normalen Beweiserhebungen außerhalb des Parteistreitverfahrens abspielt. Dann wurde ausgeführt, daß der Normalbeweis den Zweck verfolgt, eine einwandfreie Ermittlung der Urteilsgrundlage zu gewährleisten, und daher seine Anwendung auf diesen Zweck zu beschränken ist, während in den übrigen Beweisfällen, also insbesondere zum Beweise der Prozeßvoraussetzungen, der Freibeweis gilt. Gegen die Bedenken, die sich beim Erlasse eines Prozeßurteils ergeben können, wurde geltendgemacht, daß die unzulässigkeitsbegründenden Tatsachen, da ihre Feststellung nicht notwendig ist, nicht die „zentrale“ Bedeutung von Urteilsgrundtatsachen haben. Die folgenden Ausführungen befassen sich mit dem Beweis der Prozeßvoraussetzungen im Zwi-

schenstreit. Im Anschluß daran wird Gelegenheit sein, die bisherigen Ausführungen durch eine weitere Begründung der Freibeweisanwendung zu ergänzen.

II. Der Beweis der Prozeßvoraussetzungen im Zwischenstreit nach § 275 und § 303.

1. Allgemeines.

In den bisherigen Ausführungen war davon ausgegangen worden, daß der Beweis allgemeiner und besonderer Prozeßvoraussetzungen trotz fehlenden Parteistreites auf Grund des von Amts wegen erforderten Nachweises nötig wird, wie dies besonders deutlich im Versäumnisverfahren (§ 335) hervortritt. Damit bezogen sich aber die Ausführungen bis jetzt nur auf den kleineren Teil der Fälle, in denen prozessualerhebliche Tatsachen, von denen die Zulässigkeit sachlicher Verhandlung und Entscheidung abhängt, Gegenstand eines Beweisverfahrens sein können; denn meistens werden sich die Parteien über das Vorliegen dieser Prozeßvoraussetzungen in gleicher Weise streiten wie über materiellerhebliche Tatsachenbehauptungen. Sobald dem Beklagten, der seiner Sache vielleicht nicht sicher ist, daran liegt, es nicht zu einer Sachentscheidung kommen zu lassen, wird er jedes Mittel benutzen, um die gegen ihn erhobene Klage ohne Entscheidung in der Sache zur Abweisung zu bringen. Er wird also prozessuale Unzulässigkeit einer Sachverhandlung und Sachentscheidung geltendmachen. Dieselben Zulässigkeitsvoraussetzungen, auf die das Gericht von Amts wegen zu achten hat, können auf diese Weise auch durch eine Partei, namentlich durch den Beklagten, zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden. Eine Reihe von Prozeßvoraussetzungen sind als prozeßhindernde Einreden (§ 274) vorzubringen, über die auf Anordnung des Gerichts, das hierbei nicht an einen Antrag gebunden ist, abgesondert zu verhandeln ist. Über andere Prozeßvoraussetzungen kann ein Zwischenstreit im Sinne des § 303 entstehen.

In diesen Fällen erfolgt der Beweis dieser Prozeßvoraussetzungen ebenso wie der Beweis materiellerheblicher Tatsachen innerhalb des dreiseitigen Verhältnisses zwischen Gericht und den streitenden Parteien. Insofern besteht also kein Unterschied zwischen dem Beweis materiellerheblicher Tatsachen und dem Beweis prozessualerheblicher Tatsachen, die den Prozeßvoraussetzungen zu

Grunde liegen. Daraus läßt sich aber nichts für oder gegen eine Anwendung des Freibeweises entnehmen. Hierzu bedarf es vielmehr einer Prüfung, ob die Beziehung der prozessualerheblichen Tatsachen zu den Urteilsgrundtatsachen in den Fällen, in denen diese Tatsachen im Zwischenstreitverfahren bewiesen werden, eine Veränderung erfährt.

Gelangt das Gericht zu einer Verneinung der Zulässigkeit, so entscheidet es durch prozeßabweisendes Endurteil. Ob ein Zwischenstreit nach § 275 oder nach § 303 vorlag, ist dabei belanglos. Die Lage ist dann die gleiche, wie bei der reinen Amtsprüfung. Für die Anwendung des Freibeweises gelten daher dieselben Gründe, die oben (I, 2, b, cc) dargelegt wurden.

2. Zwischenstreit nach § 303.

Lag ein Streit der Parteien vor über eine Prozeßvoraussetzung, die nicht unter § 274 fällt, wie z. B. die Gerichtsbarkeit, die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten[93]) und die besonderen Voraussetzungen der gewählten Verfahrensart bzw. des Rechtsmittelverfahrens, und kommt das Gericht zu einer Bejahung der streitigen Voraussetzung, so wird es zweckmäßigerweise von der Befugnis des § 303 Gebrauch machen und das Vorliegen der Prozeßvoraussetzung durch Zwischenurteil feststellen. Damit ist für diese Instanz eine bindende, selbständig nicht anfechtbare Entscheidung über den Zwischenstreit getroffen. Dieses Zwischenurteil ist ein vorweggenommener Teil des späteren Sachurteils, zu dessen Grundtatsachen die im Zwischenurteil festgestellten prozessualerheblichen Tatsachen also nicht gehören. Auch wenn das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung im Zwischenstreit durch Zwischenurteil nach § 303 festgestellt wird, erlangen die zugrundeliegenden prozessualerheblichen Tatsachen nicht die Eigenschaft von Urteilsgrundtatsachen. Aus denselben Gründen, die oben ausgeführt wurden, rechtfertigt sich daher auch hier die Anwendung des Freibeweises.

3. Zwischenstreit nach § 275.

Das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung, deren behaupteter Mangel nach § 274 als prozeßhindernde Einrede geltend gemacht

---

[92]) a. M.: Birkmeyer ZZP 7, 171 ff., 437.

[93]) Die Streitfrage, ob diese Zulässigkeitsvoraussetzungen zu den Prozeßvoraussetzungen gehören, ist für die hier zu untersuchenden Fragen belanglos.

wird, muß durch Zwischenurteil festgestellt werden, wenn abgesonderte Verhandlung angeordnet war (§ 275, I). Dieses Zwischenurteil ist aber nicht nur ein vorweggenommener Teil der späteren Sachentscheidung, sondern hat die selbständige Bedeutung eines Endurteils, da es nach § 275, II Gegenstand eines ordentlichen Rechtsmittelverfahrens werden kann. Ungeklärt ist die Frage, ob das Zwischenurteil, das eine prozeßhindernde Einrede verwirft, immer oder nur dann selbständig anfechtbar ist, wenn eine abgesonderte Verhandlung stattgefunden hat. Das Reichsgericht[94]) läßt ein einfaches Zwischenurteil nach § 303 über eine prozeßhindernde Einrede nicht zu, da nach der Neufassung des § 303 durch die Novelle 1924 eine prozeßhindernde Einrede als selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr Gegenstand eines Zwischenstreites nach § 303 sein kann. Andererseits soll aber nach der Ansicht des Reichsgerichts ein Zwischenurteil nach § 275, II nur dann selbständig anfechtbar sein, wenn abgesonderte Verhandlung stattgefunden hat[95]). Es bleibt also zweifelhaft, welcher Art das Zwischenurteil sein soll, das ohne abgesonderte Verhandlung über eine prozeßhindernde Einrede ergeht. Man wird wohl annehmen müssen, daß jedes Zwischenurteil, das eine prozeßhindernde Einrede verwirft, selbständig anfechtbar ist[96]). Aus der Endurteilseigenschaft dieses Zwischenurteils, das sich also grundsätzlich von dem einfachen Zwischenurteil nach § 303 unterscheidet, folgt aber, daß den prozessualerheblichen Tatsachen, auf denen sich das Zwischenurteil über eine prozeßhindernde Einrede aufbaut, die Eigenschaft von Urteilsgrundtatsachen zukommt. Aus mehr formal erscheinenden Gründen müßte man daher hier eine zwingende Anwendung des Normalbeweises vorschreiben[97]). Es muß allerdings beachtet werden, daß nur dann, wenn eine abgesonderte Verhandlung stattgefunden hat, durch Zwischenurteil entschieden werden muß. Der Freibeweis läßt sich also ohne Bedenken auch dann anwenden, wenn das Gericht trotz erhobener Einrede keine abgesonderte Verhandlung anordnet und kein Zwischenurteil erläßt. Praktisch kommt diese Möglichkeit für die Fälle in Betracht, in denen

---

[94]) RGZ 110, 57.

[95]) Vor Novelle 1924 st. Rsp.; Nachweise bei Stein-Jonas § 275 Note 11. Auch RG JW 1926, 1163 Nr. 2 hält an dieser Rechtsprechung grundsätzlich fest, läßt aber trotz Fehlens einer abgesonderten Verhandlung Anfechtbarkeit zu, da das Gericht ein solches Urteil habe erlassen wollen.

[96]) Stein-Jonas § 275 Erl. II; Seuffert-Walsmann § 275 Erl. 3; Baumbach § 275 Erl. 1 und 3, B.

[97]) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 407, 410.

sich der Streit der Parteien über die prozeßhindernde Einrede noch nicht so zugespitzt hat, daß die Anordnung abgesonderter Verhandlung und der Erlaß eines Zwischenurteils zweckmäßig erscheint. Immerhin erfährt aber die Freibeweisanwendung, wenn man die oben gezogene Folgerung für richtig hält, daß die dem Zwischenurteil des § 275 zugrundeliegenden Tatsachen infolge ihrer Eigenschaft als Urteilsgrundtatsachen im Normalbeweisverfahren zu beweisen sind, eine erhebliche Einschränkung. Über die Anwendung des Freibeweises zum Beweise von allgemeinen und besonderen Prozeßvoraussetzungen wäre nach dieser Ansicht, wie sie wohl von Sauer[98]) vertreten wird, zusammenfassend folgendes zu sagen:

Der Freibeweis käme grundsätzlich nur im Falle der reinen Amtsprüfung[99]) und bei solchen Prozeßvoraussetzungen in Frage, über die ein Zwischenstreit nur durch einfaches Zwischenurteil (§ 303) zu entscheiden ist; seine Anwendung wäre außerdem noch möglich in den Fällen, in denen das Gericht trotz erhobener prozeßhindernder Einrede keine abgesonderte Verhandlung anordnet und nicht durch Zwischenurteil entscheidet.

III. Grundlage der Freibeweisanwendung.

Diese Grenzen scheinen in der Tat — und das ist anscheinend auch die Ansicht von Sauer (s. Anm. 97) und Schwinge[100]) — zwingend zu sein und den auf der Grundlage des geltenden Rechtes größtmöglichsten Bereich für eine Anwendung des Freibeweises abzugrenzen. Das muß zugestanden werden. Und doch kann dieses Ergebnis nicht gebilligt werden. Es soll versucht werden, zu einer dem Prozeßzweck gerecht werdenden Abgrenzung zwischen den Tatsachen, die im Normalbeweisverfahren festzustellen

---

[98]) a. a. O. s. Anm. 97; Sauer kommt es im übrigen mehr auf die Frage an, ob mündliche Verhandlung erforderlich ist oder ob aktenmäßige Prüfung genügt; hierüber s. unten § 5, IV, 3, b, aa.

[99]) Unrichtig Stein-Jonas § 275 Erl. II. Ob Parteirüge vorliegt oder nicht, ist für die selbständige Anfechtbarkeit des Zwischenurteils nicht irrelevant, sondern im Gegenteil ausschlaggebend. Die in den §§ 274, 275 getroffene Regelung ist gewiß theoretisch unzulänglich. Man darf aber nicht verkennen, daß diese Vorschriften unter dem Begriff „prozeßhindernde Einrede" nur die Behauptung des Mangels bestimmter Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse als ein prozessuales Verteidigungsmittel regeln und durch selbständig anfechtbares Zwischenurteil entscheiden lassen. Die Prozeßvoraussetzungen an sich sind bekanntlich im Gesetz nicht geregelt, sondern ihre Behandlung ist der Rechtsprechung und der Wissenschaft überlassen.

[100]) a. a. O. S. 164.

sind, und denen, für die der Freibeweis gelten soll, zu gelangen.

Aus der Natur der Prozeßvoraussetzungen an sich läßt sich eine Begründung für die Anwendung des Freibeweises jedenfalls nicht herleiten; denn, da diese Verfahrensvorschriften zwingende Normen öffentlichrechtlicher Art sind, könnte man sogar meinen, daß für ihre Ermittlung gerade die besonderen Garantien des gesetzlich geregelten Beweisverfahrens anzuwenden sind [101]). Anwendung und Abgrenzung des Freibeweises läßt sich eben nur aus der Stellung dieser prozessualerheblichen Tatsachen im Prozeß begründen. Da aber eine solche Begründung, die sich auf die Beziehung dieser Tatsachen zur tatsächlichen Urteilsgrundlage stützt (s. oben § 5, I, 2), zu keinem befriedigenden Ergebnis führt, wird man nach dem Vorbild der Strafprozeßrechtslehre auch für den Zivilprozeß die Anwendung und Abgrenzung des Freibeweises in Zusammenhang mit dem Prozeßgegenstand, im Zivilprozeß Streitgegenstand genannt, bringen müssen.

Der Begriff des Streitgegenstandes ist zwar umstritten, aber für die hier zu untersuchenden Fragen ist es gleichgültig, ob man unter Streitgegenstand „das aus dem Klageantrag und dem zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt sich ergebende Begehren (= prozessualer Anspruch)“ [102]) oder die vom Kläger aufgestellte und mit Behauptungen tatsächlicher oder rechtlicher Art begründete Rechtsbehauptung versteht [103]). Von Bedeutung ist hier aber, daß die Tatsachenbehauptungen, die zur Begründung des Klageantrages und damit zur Begründung des „prozessualen Anspruchs“ vorgetragen werden, den Sachverhalt bilden, der als Teil des Streitgegenstandes im Mittelpunkt des Prozesses steht. Dieser Sachverhalt enthält einen Vorgang aus dem rechtlich geordneten Zusammenleben der beiden gleichberechtigten Parteien. Nur zur Entscheidung über einen solchen Lebensvorgang und damit zur Durchführung der Rechtsordnung durch Anwendung des materiellen Rechts auf diesen Vorgang kann das Gericht grundsätzlich angerufen werden. Die Prozeßordnung hat demgegenüber im wesentlichen die Aufgabe durch eingehende rechtliche Ordnung des bei der Rechtsverfolgung anzuwendenden Verfahrens (Voraussetzungen, Durchführung, Form usw.) eine gute Rechtsprechung und damit eine gerechte Rechtsschutzgewährung zu sichern. Die Vorschriften über das Beweisverfahren insbesondere haben nur den

---

[101]) So irrtümlich Birkmeyer ZZP 7, 228, 471.
[102]) Rosenberg, Zur Lehre vom Streitgegenstand S. 12.
[103]) Nikisch, Streitgegenstand S. 19 ff., 58 ff.

Zweck, durch Aufstellen besonderer Garantien eine einwandfreie Feststellung des von den Parteien vorgebrachten Sachverhaltes zu gewährleisten, soweit die zu diesem Sachverhalt gehörigen Tatsachen feststellungsbedürftig sind. Durch diese Vorschriften soll eine einwandfreie Grundlage zur Anwendung des materiellen Rechts geschaffen werden, damit der Urteilsspruch auch wirklich den wahren Sachverhalt des Streitgegenstandes trifft. Zwingende Anwendung des Normalbeweises ist also bei den Urteilsgrundtatsachen erforderlich, die zum Streitgegenstand gehören. Dies folgt aus dem Zweck der Prozeßordnung überhaupt, die als formelles Recht der Durchführung des materiellen Rechts dient. Im Gegensatz zu den Tatsachen, die als materiellerhebliche zum Streitgegenstand gehören, stehen die prozessualerheblichen Tatsachen, die nicht die Begründetheit des zum Streitgegenstand erhobenen prozessualen Anspruchs, sondern die die Zulässigkeit des Rechtsschutzbegehrens im ganzen (Prozeßvoraussetzungen) oder im einzelnen (Prozeßhandlungsvoraussetzungen) bedingen. Eine zwingende Anwendung des Normalbeweises zur Feststellung dieser Tatsachen würde aber über den Zweck dieses in der ZPO geregelten Beweisverfahrens hinausgehen und daher meist überflüssig erscheinen. Man darf eben „niemals außer Acht lassen, daß die Verfahrensgesetze nicht Selbstzweck, sondern im wesentlichen nur Zweckmäßigkeitsnormen sind im Dienste der Findung und Verwirklichung des materiellen Rechts“.[104]) Hieraus rechtfertigt sich das Bestehen des Freibeweises und seine Anwendung für solche Tatsachen, die außerhalb des durch den Begriff „Streitgegenstand“ umgrenzten Tatsachenbereiches liegen, die also — mit anderen Worten — vom Prozeßinhalt her gesehen nur zur Peripherie des vom Prozeßzweck gezogenen Kreises gehören und daher im Verhältnis zur „Sachgestaltung als dem eigentlichen Prozeßzwecke“ [105]) nebensächlich erscheinen müssen. An dieser Stellung der prozessualerheblichen Tatsachen kann sich aber nichts ändern, wenn diese Tatsachen nicht auf eine Aufforderung des zweifelnden Richters hin, sondern auf Grund der Behauptung einer Partei, daß diese Tatsachen nicht vorliegen, beweisbedürftig werden. Die Parteirüge ist insofern in der Tat irrelevant. Ihre Bedeutung liegt namentlich darin, daß sie als prozeßhindernde Einrede bei bestimmten Prozeßvoraussetzungen und bei den Prozeßhindernissen zu einem selbständig anfechtbaren Zwischenurteil führen kann und dazu führen

[104]) M. Jonas in dem Vorwort zu Stein-Jonas (15. Auflage).
[105]) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 406.

muß, wenn abgesonderte Verhandlung angeordnet worden war. Auch im Zwischenstreit über eine prozeßhindernde Einrede werden die prozessualerheblichen Tatsachen nicht Bestandteil des Streitgegenstandes, sondern nur Teile des Zwischenstreitgegenstandes [106]). Die Anwendung des Freibeweises erscheint daher trotz gewisser Bedenken auch in diesem Zwischenstreit, der eine Art Vorverfahren darstellt, gerechtfertigt.

Allgemein läßt sich also von der Anwendung des Freibeweises folgendes sagen:

Die zwingende Normalbeweisanwendung beschränkt sich auf den Beweis der materiellerheblichen Tatsachen, die zum Streitgegenstand gehören. In den übrigen Beweisfällen, d. h. bei der Feststellung prozessualerheblicher Tatsachen, die sich auf Prozeßvoraussetzungen beziehen, und auch beim Beweise der sonstigen prozessualerheblichen Tatsachen, auf die noch (unten § 7) eingegangen wird, ist die Anwendung des Normalbeweises zwar möglich [107]), unter Umständen auch unumgänglich (hierüber unten § 5, IV, 1, a, b), aber nicht notwendig zwingend; kurzum hier gilt Freibeweisrecht.

Darin liegt keine Umgehung des Gesetzes, sondern die Anwendung des Freibeweises ist nur die Folgerung aus der Erkenntnis einer zweckgerichteten Bedeutung und demzufolge einer zweckbeschränkten Anwendung des gesetzlichen Beweissystems. Der Freibeweis ist ein Teil des formellen Beweisrechts, der nicht in der Prozeßordnung positiv geregelt ist. Daß das Gesetz hierüber schweigt, kann aber niemals ein Grund gegen die Gültigkeit des Freibeweises sein. Auch das materielle Beweisrecht ist im Gesetz nicht erschöpfend geregelt. Die Frage, wann eine Tatsache beweisbedürftig ist, bestimmt sich nicht nur nach den Vorschriften, die die ZPO hierüber enthält (§§ 288 ff.), sondern auch diese Vorschriften werden ihrem Zweck entsprechend eingeschränkt. Es ist allgemein anerkannt, daß für die Beweisfälligkeit von Tatsachen, die das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, das Geständnis einer Partei wirkungslos ist, obwohl diese Frage — wie überhaupt die Prüfung von Amts wegen [108]) — im Gesetz nicht geregelt ist. Also auch hier kennt man eine zweckgerichtete Einschränkung eines positiven Beweisrechtssatzes und kommt auf diese Weise zur Erkenntnis einer

---

[106]) Schollmeyer, Zwischenstreit S. 79.

[107]) Treffend Baumbach § 56 Erl. 2: „Die allgemeinen Grundsätze der Beweiserhebung anwendbar."

[108]) Nur beiläufig erwähnt in §§ 139, II; 335, I, Z. 1.

aus Sinn und Zweck des Prozesses sich ergebenden materiellen Beweisnorm. Und gerade da, wo man allgemein über das im Gesetz geregelte materielle Beweisrecht hinausgeht, wo also der Beweiserhebung eine von positiven Vorschriften des Gesetzes abweichende, nur aus dem Prozeßzweck zu begründende materiell-prozeßrechtliche Grundlage gegeben wird, da gilt im wesentlichen auch der Freibeweis [109])!

IV. Praktische Auswirkung und Rechtfertigung des Freibeweises.

Die bisherigen Ausführungen versuchten die Anwendung des Freibeweises im Zivilprozeß mit theoretischen Erwägungen zu rechtfertigen. Im folgenden ist nun zu zeigen, welche praktischen Auswirkungen eine Anwendung des Freibeweises zur Folge hat. Das Beweiserhebungsrecht der ZPO ist an sich schon frei gestaltet, eine Abweichung von den Mitteln und Formen des Normalbeweises, die eine Vereinfachung bedeutet, ist daher nur begrenzt möglich. Bei der Benutzung von Urkunden, beim Augenschein und bei der Heranziehung von Sachverständigen ist eine derartige, theoretisch wohl zulässige Vereinfachung praktisch kaum denkbar. Auswirken kann sich der Freibeweis nur beim Beweis durch Zeugen und durch Parteivernehmung.

1. Zeugenbeweis.

Unter einem „Zeugen" ist jede Auskunftsperson zu verstehen, die durch Wiedergabe ihrer Wahrnehmung eines Geschehens Beweis erbringen soll. Dieser Zeugenbeweis braucht im Geltungsbereiche des Freibeweises nicht in der in § 373 vorgeschriebenen Form geführt zu werden. Der Beweisführer kann daher auch eine schriftliche (u. U. amtlich beglaubigte) [110]) Erklärung — mit oder ohne eidesstattlicher Versicherung — einreichen, auch wenn diese schriftliche Erklärung nicht bereits vorlag [111]), sondern erst zur Vermeidung einer persönlichen Vernehmung errichtet wurde [112]).

---

[109]) Eine Ausnahme bilden die Prozeßhindernisse (§ 274, II, Z. 3, 5, 6), da sie nur im Streitfalle beweisbedürftig sind.

[110]) Ohne Unterschriftsbeglaubigung würde diese Erklärung oft nur einen geringen Beweiswert haben.

[111]) Lag sie bereits vor, dann kein Zeugenbeweis, sondern normaler Urkundenbeweis.

[112]) Unzulässig für den Normalbeweis; Stein-Jonas § 286 Erl. III, 4, a; RGZ 49, 374; 54, 270.

[113]) Vgl. RG (2. Strafsenat) JW 1927, 3014 Nr. 28.

Ebenso wird man es für zulässig halten können, wenn das Gericht die Aussage eines benannten Zeugen telefonisch einholen läßt[113]). Ob der Richter solche Abweichungen zulassen oder selbst in dieser Weise vom Normalen abweichen will, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das im wesentlichen durch zwei Punkte zwingend bestimmt wird: erstens (a) durch die Persönlichkeit des Zeugen und die Art seiner Wahrnehmung (dienstlich oder privat) und zweitens (b) durch die eintretende Notwendigkeit, einen Zwang auszuüben.

a) Das Gericht muß selbstverständlich prüfen, ob die Persönlichkeit des von einer Partei als Beweis für eine prozessuale Frage benannten Zeugen gestattet, von der normalen Form der Zeugenvernehmung abzuweichen.

aa) Bei einer beliebigen, dem Gericht völlig unbekannten Person würde das Gericht gegen anerkannte Beweiserfahrungssätze und damit gegen § 286 verstoßen[114]), wollte es hier seine Überzeugung lediglich auf eine schriftliche Erklärung des Betreffenden stützen, ohne ihn persönlich bei Anwesenheit und unter Mitwirkung der Parteien vernommen zu haben. Im übrigen aber können Art des Beweisgegenstandes und die Persönlichkeit der benannten Auskunftsperson Zweifel an der Zuverlässigkeit ihrer Wahrnehmung ausschließen, sodaß die Entgegennahme ihrer Aussage auch auf einem einfacheren Wege unbedenklich erscheint. Ähnliche Zweckmäßigkeitserwägungen haben ja sogar beim normalen Zeugenbeweis, also zur Feststellung materiellerheblicher Tatsachen, dazu geführt, die persönliche Vernehmung eines nach § 373 benannten Zeugen in bestimmten Fällen durch eine schriftliche Beantwortung der Beweisfragen zu ersetzen (§ 377, III, IV). Aber hier bestehen zwei Bindungen, die beim Freibeweis nicht gelten: erstens muß der Zeugenbeweis in der Form des § 373 angetreten worden sein und zweitens müssen beide Parteien, wenn die schriftliche Zeugenaussage allgemein angewandt werden soll, einverstanden sein. Beim Freibeweis dagegen kann die schriftliche Erklärung gleich als Beweisantritt vorgelegt werden und auch gegen den Willen der anderen Partei als Beweismittel benutzt werden.

bb) Als stets über jeden Zweifel an der Zuverlässigkeit ihrer Aussage erhaben gelten Personen, die in ihrer amtlichen Eigenschaft eine Wahrnehmung gemacht haben. Die gerichtliche Entgegennahme ihrer Aussage bedarf daher nicht der Form des normalen Zeugenbeweises. Personen dieser Art werden nicht geladen

---

[114]) Vgl. Schwinge a. a. O. S. 148 ff.

und als Zeugen (i. e. S. der §§ 373 ff.) vom Prozeßgericht oder einem kommissarischen Richter über ihre Wahrnehmung vernommen, sondern sie werden um Erteilung einer „amtlichen Auskunft" ersucht. Diese „amtliche Auskunft" kommt namentlich als „dienstliche Äußerung" in Betracht im Verkehr zwischen dem Rechtsmittelgericht und dem Untergericht (vgl. unten § 6, II, 2). Sie kann aber auch von anderen Behörden oder Beamten eingeholt werden. In solchen Fällen wurde eine förmliche Zeugenvernehmung längst als „öder Formalismus"[115]) angesehen und daher in ständiger Übung der Praxis (Beispiele unten § 6) als selbstverständlich vermieden. Die Novelle 1924 nahm diese im Gesetz nicht geregelte Art des Zeugenbeweises in die ZPO auf und gab damit der amtlichen Auskunft die Eigenschaft eines selbständigen Beweismittels, das jetzt auch auf materiellerhebliche Tatsachen hinübergreifen kann[116]), aber doch seinen Zusammenhang mit dem Zeugenbeweis und seinen Charakter als echtes Freibeweismittel bewahrt hat.

b) Während sich die Ausübung des richterlichen Ermessens in der Wahl der Form entsprechend § 286 entscheidend nach der Persönlichkeit des Zeugen und der Art seiner Wahrnehmung (dienstlich oder privat) richtet, bleibt dem Richter andererseits überhaupt keine Wahl, wenn er einen Zeugen eidlich vernehmen oder einen Zeugniszwang ausüben will. In diesem Falle darf der Richter von den Vorschriften des Normalbeweises nicht abweichen, da ohne die Anwendung der §§ 355 ff. dem Gericht „eine Handhabe zur eidlichen Vernehmung von Zeugen und zur Anordnung des Zeugniszwanges überhaupt fehlt".[117]) Daraus läßt sich aber nicht, wie v. Kries[118]) für den Strafprozeß annimmt, ein Grund herleiten, der gegen das Bestehen einer freien, im Gesetz nicht geregelten Beweiserhebungsart spricht; denn die Geltung des Freibeweises bedeutet nicht, daß das Gericht von den Streng- bzw. Normalbeweisvorschriften unbedingt abweichen *muß*. Die Eigenart des Freibeweises besteht vielmehr darin, daß die gesetzlichen Beweiserhebungsvorschriften nicht angewandt werden *müssen*, wohl aber angewandt werden *können*[119]). Diese Abweichung ist,

---

[115]) Stein, Priv. Wissen S. 105.

[116]) Praktisch kommt aber die amtliche Auskunft meist für Prozeßfragen in Betracht.

[117]) Nöldeke in ZZP 28, 438.

[118]) ZStW 6, 125.

[119]) So für den Strafprozeß Hegler a. a. O. I, S. 395. Anm. 4; Ditzen a. a. O. S. 53.

wie bereits betont wurde, ein Recht, aber keine Pflicht des Gerichts [120]).

2. Beweis durch Parteivernehmung.

Im übrigen ist eine praktisch bedeutsame Abweichung von der gesetzlichen Regelung des Normalbeweises nur noch bei der Parteivernehmung denkbar. Während sonst der Richter eine Partei von Amts wegen nur dann vernehmen kann, wenn bereits durch die Verhandlungen und die bisherige Beweisaufnahme „einiger Beweis“ [121]) erbracht ist (§ 448), kann er da, wo Freibeweisrecht gilt, ohne Einschränkung die eine oder andere Partei vernehmen und ihre glaubwürdige Aussage als Beweis der von ihm bezweifelten Zulässigkeit gelten lassen. Gerade die Parteivernehmung wird häufig schon zum Ziele führen und die Verwendung weiterer Beweismittel ersparen, sofern es sich um einen Fall der reinen Amtsprüfung handelt. Im Zwischenstreit dagegen wird der Richter mit der Vernehmung nur einer Partei nicht weit kommen, aber auch die Vernehmung beider Parteien wird nicht häufig eine Klärung herbeiführen. Hier müssen dann andere Beweismittel herangezogen werden.

3. Ergebnis.

a) Im ganzen sind die Abweichungen, die zwischen einer Normalbeweisaufnahme und einer Freibeweiserhebung bestehen können (nicht: müssen!), nicht so erheblich, wie dies im Strafprozeß infolge der strengeren Beweisregelung der Fall ist und im Zivilprozeß vor Wegfall des Eideszwanges [122]) und der Eideszuschiebung der Fall gewesen ist. Aber ein praktisch bedeutsamer Unterschied besteht doch; dieser wirkt sich in einer Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens aus und macht damit Kräfte und Mittel frei, die eine wirklich sorgfältige Behandlung des Streitgegenstandes ermöglichen.

b) Der Einwand, daß hier die wichtigsten Grundsätze des Verfahrens — Mündlichkeit und Unmittelbarkeit — aufgegeben würden, trifft nicht zu.

aa) Die Mündlichkeit des Verfahrens wird durch den Freibeweis in keiner Weise eingeschränkt. Wo mündliche Verhandlung

[120]) Alsberg a. a. O. S. 360 Anm. 67.
[121]) Baumbach § 448 Erl. 1.
[122]) In dem Eideszwang sieht Wroblewski (a. a. O. S. 50) nicht zu Unrecht einen Anreiz für die Freibeweisentwicklung im Strafprozeß.

vorgeschrieben ist, findet sie statt, mag nun über materiellerhebliche oder über prozessualerhebliche Fragen verhandelt werden [123]). War eine Freibeweiserhebung schon im vorbereitenden Verfahren erfolgt (z. B. Einholen einer amtlichen Auskunft), so ist sie zum Gegenstand der Verhandlung zu machen. Im übrigen erfolgt eine Freibeweisanwendung, wenn notwendig mündlich verhandelt werden muß, in der mündlichen Verhandlung selbst, sodaß die Parteien sich zum Beweismittel und zum Beweisergebnis äußern können.

bb) Mit dem immer wieder betonten Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme scheint es zunächst unvereinbar zu sein, wenn man unter gewissen Voraussetzungen die schriftliche oder telefonische Entgegennahme der Aussage einer Auskunftsperson zulassen würde. Hier muß aber daran erinnert werden, daß dieser Grundsatz beim normalen Zeugenbeweis in der Mehrzahl der Fälle auch nach der Novelle 1933 nicht durchgeführt wird, da die Gerichte die Zeugenvernehmung im Rahmen des § 375 aus Zweckmäßigkeitsgründen einem anderen Gericht zu übertragen pflegen. Diese Übertragung an einen ersuchten Richter kommt bei der Freibeweisanwendung nicht in Betracht. Freibeweiserhebungen werden nur vom Prozeßgericht vorgenommen. Sie sind also in diesem Sinne stets unmittelbar. Will der Prozeßrichter einen auswärtigen Richter um die Vernehmung eines Zeugen zu einem prozessualen Punkte ersuchen, so muß er das Beweisverfahren durch Beweisbeschluß usw. in das normale Beweisverfahren überleiten. Liegen aber hinsichtlich der Persönlichkeit des Zeugen und der Art seiner Wahrnehmung die oben dargelegten Voraussetzungen vor, so kann der Prozeßrichter an Stelle der mittelbaren Beweisaufnahme durch den kommissarischen Richter den Beweis unmittelbar in der Form einer mehr mittelbaren Entgegennahme der Aussage erheben.

4. Einzelfälle.

Die praktische Auswirkung des Freibeweises soll noch an einigen Einzelfällen gezeigt werden, bei denen es im wesentlichen auf den Beweis der zweifelhaften prozessualerheblichen Tatsachen ankommt.

---

[123]) Auch die Prozeßvoraussetzungen sind also Gegenstand der mündlichen Verhandlung; daraus läßt sich aber kein Grund gegen den Freibeweis herleiten, wie Wroblewski (a. a. O. S. 38) annimmt; denn die Prozeßvoraussetzungen werden dadurch nicht zum Streitgegenstand.

a) Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Zustellung, von deren Wirksamkeit wichtige prozessuale Voraussetzungen abhängen. Für den Beweis der Frage, ob eine Zustellung in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise erfolgt ist, reicht die Zustellungsurkunde oft nicht aus. In diesen Fällen muß durch weitere Beweiserhebungen der tatsächliche Vorgang geklärt werden, damit das Gericht das Vorliegen wichtiger Voraussetzungen (z. B. Rechtzeitigkeit der Rechtsmitteleinlegung usw.) feststellen kann. Ein gutes Beispiel für eine solche Beweiserhebung ist aus der Entscheidung des Kammergerichts in Rsp. 37, 110 zu entnehmen. Hier wurde durch Zeugenvernehmungen festgestellt, daß die Postbotin, trotzdem sie stets die Zustellungsurkunde so ausgefüllt hatte, als ob sie die zuzustellenden Schriftstücke richtig übergeben habe, regelmäßig diese Schriftstücke nur durch den Türschlitz gesteckt hatte, sodaß in dem betreffenden Falle das Schriftstück in den Korridor gefallen und dann verloren gegangen war. Für eine derartige Beweiserhebung erscheint aber die Anwendung des Normalbeweises in der Regel überflüssig, wobei die Wichtigkeit dieser Beweisfrage für das Verfahren nicht verkannt wird. Die Anwendung des Freibeweises bedeutet ja nicht, daß der Richter weniger sorgfältig verfahren dürfe; sie soll vielmehr nur die Möglichkeit geben, auf dem im Einzelfall einfachsten und billigsten Weg zum Ziel der vollen richterlichen Überzeugung von der Wahrheit der für die Prozeßrechtsanwendung erheblichen Tatsachen zu gelangen. Man kann sich also in solchen Fällen mit einer amtlichen Auskunft des Postbeamten und in den angegebenen Grenzen mit schriftlichen Erklärungen sonstiger Zeugen (z. B. Hausbewohner, Angehörige oder Angestellte des Zustellungsempfängers usw.) begnügen. Dasselbe gilt, wenn eine Beweiserhebung über die Art und Weise der Zustellung und über die dienstliche Stellung des Betreffenden, dem das Schriftstück übergeben worden war (RGZ 54, 240), oder über die Frage, ob die Datierung des schriftlichen Empfangsbekenntnisses eines Anwaltes auf einem Versehen beruht (RGZ 79, 199), erforderlich wird. Auch hier sind förmliche Beweiserhebungen grundsätzlich überflüssig.

b) Ebenso wie die Frage der Zustellung mit ihren prozessualen Wirkungen kann auch die Prozeßvoraussetzung des Gerichtsstandes zu einer ausschließlichen Beweisfrage werden. So können Beweiserhebungen erforderlich sein, um festzustellen, ob der Beklagte an einem bestimmten Orte wohnt oder dort nur Warenvorräte in einem Kellerraume aufstapelt (RG JW 1900, 410) oder ob der Be-

klagte sich an dem für den Gerichtsstand erheblichen Ort dauernd oder jeweils nur wenige Tage aufgehalten hat (München Rsp. 29, 82) oder ob der Beklagte an diesem Orte noch nach der Zustellung der Klage, aber vor dem ersten Verhandlungstermin seinen Wohnsitz genommen hat (Rostock Rsp. 5, 112). Auch in diesen Fällen gilt das Freibeweisrecht mit seinen Möglichkeiten des erleichterten und vereinfachten Verfahrens zur Feststellung der betreffenden Vorgänge.

c) Weitere Beispiele für Beweiserhebungen über Prozeßfragen und damit für die Anwendung des Freibeweises bieten insbesondere die Prozeßvoraussetzungen der Partei- und Prozeßfähigkeit, auf die im Zusammenhang mit der Revision eingegangen wird (unten § 6, II), sowie die Frage der Exterritorialität. Man denke bei der Exterritorialität hauptsächlich an die Fälle des § 19 GVG (Angehörige, Bedienstete), wo es häufig zu Beweiserhebungen kommen kann. Ferner soll hier noch die Frage der Parteiidentität erwähnt werden, auch wenn sie nicht zu den Prozeßvoraussetzungen gehört. Bestehen Identitätszweifel, so kann der Richter, namentlich an kleineren Orten, „die Persönlichkeit eines ihm nicht bekannten Rechtssuchenden durch schnelle Umfrage bei glaubwürdigen Anwesenden sicher feststellen". [124]) „Wenn er mangels solcher Feststellung stets eine förmliche Identitätsprüfung einleiten müßte, so würde das eine ungeheuere Verlangsamung des Rechtsganges bedeuten." (So Hein a. a. O., s. Anm. 124).

§ 6. Freibeweis und Revision.

I. Allgemeines.

Das Rechtsmittel der Revision ist im Zivilprozeß in ähnlicher Weise gestaltet wie im Strafprozeß. Auch hier muß man unterscheiden zwischen der Revision wegen sachlichrechtlicher Verstöße und der Revision aus prozessualen Gründen. Dieser Unterschied folgt auch im Zivilprozeß aus dem verschiedenen Zweckgedanken beider Revisionsgründe [125]), der seinerseits wiederum den Maßstab dafür abgibt, wann das Revisionsgericht an die untergerichtlichen

---

[124]) Hein, Identität I, S. 69 ff.

[125]) Schwinge a. a. O. S. 29 ff.; vgl. ferner die Ausführungen oben § 1. I, 2, b.

[126]) RGZ 112, 142; Beispiele bei Stein-Jonas § 559 Erl. IV, 1.

Feststellungen gebunden ist und wann es auch die tatsächlichen Grundlagen im Einzelfall nachzuprüfen hat. Ebenso wie im Strafprozeß hat also das Revisionsgericht bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften, die den Gegenstand der Revisionsrüge bilden oder die wegen Unverzichtbarkeit auch ohne Rüge zu beachten sind[126]), auch die tatsächlichen Grundlagen im Einzelfall nachzuprüfen. Dieser Grundsatz der tatsächlichen Nachprüfungspflicht ist allgemein in der Rechtsprechung[127]) und im Schrifttum[128]) anerkannt. Zur Nachprüfung der tatsächlichen Grundlagen von Verfahrensverstößen muß das Revisionsgericht regelmäßig Beweise erheben[129]). Da es sich hier nur um prozessualerhebliche Tatsachen handelt, die bei der Revision wegen eines Verfahrensverstoßes nachzuprüfen sind, gilt hier Freibeweisrecht. Das Revisionsgericht ist also in der Art und Weise der Beweiserhebung frei von den Normalbeweisvorschriften, soweit nicht im Einzelfall diese Freiheit in der Wahl der Mittel und der Formen durch die Sonderbestimmung des § 164 (Beweiskraft des Sitzungsprotokolles) gesetzlich eingeschränkt wird.

II. Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Im folgenden soll ein kurzer Streifzug durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigen, wie das Reichsgericht bei der Feststellung solcher Tatsachen verfährt, die es nachzuprüfen und selbst festzustellen berechtigt und verpflichtet ist.

1. Zu den Mängeln, die in jeder Lage des Verfahrens, auch im dritten Rechtszuge, von Amts wegen zu berücksichtigen sind, gehören vor allem das Fehlen der Partei- und Prozeßfähigkeit. Hier darf „das Revisionsgericht selbst die zu ihrer Bejahung oder Verneinung erforderlichen Feststellungen treffen". (So zur Frage der Parteifähigkeit der 3. Zivilsenat in RGZ 118, 198). Im gleichen Sinne äußert sich der 7. Zivilsenat in JW 1905, 73 Nr. 5 zur Nachprüfung der Prozeßfähigkeit.

a) In der Durchführung dieses Grundsatzes zeigen sich aber zum Teil Schwankungen in der Rechtsprechung. Eine neuere Entscheidung des 7. Zivilsenates (RG Warn 1931 Nr. 11) erkennt zwar

---

[127]) z. B.: RG SeuffArch 76, 169; RG ZZP 55, 143, sowie die oben im folgenden angeführten Entscheidungen.

[128]) Stein-Jonas § 561 Erl. II, IV; Baumbach § 561 Erl. 3, C; Rosenberg § 148, II, 3. 4; Sauer S. 412 ff.

[129]) Beispiele außer den oben im folgenden angeführten Entscheidungen: RGZ 6, 342; 15, 374.

den Grundsatz der tatsächlichen Nachprüfung der Prozeßfähigkeit an, sieht aber von weiteren Feststellungen ab, da die tatsächlichen Unterlagen, die sich bei den Akten befanden, zur Entscheidung nicht ausreichten. Das Reichsgericht hält in dieser Entscheidung eine Zurückverweisung der Sache für zweckmäßig. Hierbei scheint offenbar eine gewisse Scheu vor Feststellungen, die zu sehr nach Beweiserhebungen aussehen, mitgespielt zu haben.

b) Immerhin hat das Reichsgericht, wie nicht zu leugnen ist, auch hier durch das Suchen in den Akten nach Tatsachenmaterial eine Tätigkeit entfaltet, die auf Gewinnung einer Rechtsanwendungsgrundlage gerichtet war und daher eine echte Beweistätigkeit darstellt. Die Akten pflegen als das „beste, bereite und erschöpfende Beweismittel“ [130]) namentlich in der Revisionsinstanz, in der sie einschließlich Beiakten usw. meist genügend Tatsachenmaterial bieten, in erster Linie zur Vornahme der erforderlichen Feststellungen, d. h. Beweiserhebungen in Betracht zu kommen. Es hieße den Beweisbegriff unnötig einengen, wollte man das Nachsuchen in den Akten nicht als Beweiserhebung ansehen. Nicht beweisbedürftig sind als Besonderheit des Revisionsverfahrens nur die materiellerheblichen Tatsachen, die aus dem Urteilstatbestand und dem Sitzungsprotokoll als feststehend zu entnehmen sind (§ 561, I). Bei den prozessualerheblichen Tatsachen gilt diese Bindung nicht [131]). Da diese Tatsachen nicht dadurch, daß sie sich in den Akten befinden, gerichtskundig sind, bedürfen sie also regelmäßig des Beweises. Einen Weg hierzu, der noch dazu durch seine Einfachheit der nächstliegende ist, stellt das Suchen nach diesen Tatsachen im gesamten Aktenmaterial dar. Diesen Weg zu gehen, ist das Revisionsgericht stets berechtigt, aber nicht verpflichtet [132]). Das Suchen in den Akten ist als Aktenbeweis eine Art der Beweiserhebung [133]), die als solche dem Normalbeweis unbekannt ist und daher dem Freibeweisrecht angehört.

c) Wenn aber das Reichsgericht in der oben besprochenen Entscheidung (RG Warn 1931, Nr. 11), nachdem es mit dem Aktenbeweis die zweifelhafte Tatfrage der Prozeßfähigkeit nicht klären konnte, von weiteren Beweiserhebungen absieht, so muß dem

---

[130]) Ditzen a. a. O. S. 79.

[131]) Hier kann also die Frage der Aktenwidrigkeit nicht auftauchen; vgl. Schwinge a. a. O. S. 237 ff.

[132]) So auch RGZ 126, 249.

[133]) Stein, Priv. Wissen S. 104/105: „Diese Beweisaufnahmen beschränken sich keineswegs auf Feststellungen aus den Akten.“

widersprochen werden. Das Reichsgericht mußte auf die bestehenden Bedenken in der mündlichen Verhandlung hinweisen und die Parteien zur Beweisführung veranlassen. So aber wurde der Prozeß auf Kosten des unschuldigen Klägers durch eine neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht erheblich verzögert. Es ist jedenfalls ein höchst unbilliges Verfahren, das der Aufgabe des Revisionsgerichts bei der Nachprüfung von Prozeßfragen nicht gerecht wird, wenn das Reichsgericht erst zu dem Ergebnis kommt, daß „viel mehr für das Vorliegen von Prozeßunfähigkeit als von Prozeßfähigkeit spricht", sich aber dann zu einer eigenen Entscheidung dieser Frage nicht in der Lage sieht. Richtig verfuhr in einem ähnlichen Falle der 4. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 12. November 1914 (RGZ 86, 16). Hier war ebenfalls in den Vorinstanzen die Frage der Prozeßfähigkeit nicht geprüft worden. In diesem Falle wurde die zweifelhafte Frage der Prozeßfähigkeit durch Benutzung von Sachverständigengutachten, die — so scheint es — nicht für dieses Verfahren, sondern in einem vorhergehenden Entmündigungsverfahren erstattet worden waren, restlos geklärt. Im Gegensatz zu den angeführten Entscheidungen des 7. und 4. Zivilsenates steht eine Entscheidung des 8. Zivilsenates (RG HRR 1929, 959). Erst wird festgestellt, daß „das Urteil gegen die §§ 52, 56 und 551 Nr. 5 verstoße, weil die Frage der Prozeßfähigkeit der Beklagten nicht geklärt ist"; dann aber heißt es: „Die Frage, ob Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit der Beklagten begründet sind oder nicht, ist durch weitere Verhandlung zu klären. Das Revisionsgericht muß die Beklagte insolange als prozeßfähig behandeln, als die Prozeßunfähigkeit noch nicht feststeht." Das Reichsgericht sieht hier also von jeder tatsächlichen Nachprüfung ab. Diese Entscheidung steht im Widerspruch zu dem sonst allgemein anerkannten Grundsatz der tatsächlichen Nachprüfungspflicht des Revisionsgerichts bei Verfahrensmängeln und ist daher aus den schon ausgeführten Gründen abzulehnen.

d) Auch die Frage der Nachprüfung der Parteifähigkeit wird in verschiedenen Entscheidungen behandelt. Aus einer Entscheidung des 6. Zivilsenates (RGZ 86, 64) geht hervor, daß der Beweis der Parteifähigkeit vor dem Revisionsgericht durch Vorlegen geeigneter Urkunden (Handelsregisterauszug usw.) geführt worden war. Eine vom Normalbeweis abweichende Besonderheit liegt darin nicht. In einer anderen Entscheidung (4. Zivilsenat in JW 1906, 427 Nr. 13) war die Parteifähigkeit eines Gymnasiums zweifelhaft. Hierbei hatte das Reichsgericht ein Handbuch über das höhere

Schulwesen in Preußen benutzt, um bestimmte Tatsachen über dieses Gymnasium zu ermitteln, aus denen auf die Parteifähigkeit geschlossen werden sollte, sodaß es sich also um eine im Wege des Freibeweises erfolgte Beweistätigkeit handelte. Auch hier hatte das Reichsgericht, wie in RG Warn 1931 Nr. 11, da eine Klärung ohne weitere Beweiserhebungen nicht möglich war, sich vor weiteren Erhebungen gescheut und die Sache zurückverwiesen, da das Berufungsurteil ohnehin aufzuheben war. In einem anderen Falle (1. Zivilsenat in JW 1906, 810 Nr. 6) wurde die Parteifähigkeit durch Aktenbeweis festgestellt. Der Senat sah sich in der Lage, „auf Grund des in den Vorinstanzen vorgebrachten, unstreitigen Materials die Parteifähigkeit ohne weiteres festzustellen".

2. Ein typisches Freibeweismittel ist die durch Rückfrage eingeholte „dienstliche Äußerung", ein „ebenso praktisches, als sachlich einwandfreies Beweismittel",[134]) das sich das Reichsgericht geschaffen hat, um seine Aufgabe der Sicherung einer einwandfreien Verfahrensanwendung in einfacher und zweckmäßiger Form erfüllen zu können[135]). Es handelt sich hierbei nicht um eine Angelegenheit des inneren Dienstes der Gerichte, „nicht um einen amtliche Rechenschaft gebenden Bericht eines Richters gegenüber seinem dienstlichen Vorgesetzten, sondern lediglich um eine Äußerung, die nach Art der Aussage eines Zeugen Aufklärung über den zugrundeliegenden Sachverhalt geben soll".[136])

Die Entscheidungen des Reichsgerichts, aus denen die Verwendung der dienstlichen Äußerung als Beweismittel hervorgeht, sind zahlreich. Die meisten Entscheidungen betreffen die Frage der ordnungsmäßigen Besetzung des Gerichts. In den Jahren 1927 bis 1932 mehrten sich die Fälle, in denen Revision eingelegt wurde, weil die Senate nicht ordnungsmäßig mit Senatspräsidenten besetzt seien oder der Oberlandesgerichtspräsident den Vorsitz nur dem Scheine nach führe usw. Das gegebene Beweismittel war hier die dienstliche Äußerung des Oberlandesgerichtspräsidenten oder Senatspräsidenten[137]).

---

[134]) Stein a. a. O. S. 105.

[135]) Die Zulässigkeit dieses Freibeweismittels muß auch Wroblewski (a. a. O. S. 46) zugestehen.

[136]) So OLG Hamburg in dem bereits oben — § 2, III, 1, c, bb — erwähnten Beschlusse (Rsp. 15, 129) für die dienstliche Äußerung nach § 44, III.

[137]) Beispiele: RGZ 115, 158; 119, 280 (3. ZS); 119, 284 (7. ZS: „. . ist Beweisfrage"); 126, 97; 126, 246; 127, 101; 130, 155; 131, 32; 132, 302; ferner RG JW 1928, 1302 Nr. 20; RG SeuffArch. 86, 185; RG HRR 1933, 580.

Die dienstliche Äußerung kommt ferner in Betracht, wenn es sich um die Feststellung, wie ein Protokoll zu lauten hat, oder um ähnliche nur durch Befragen der beteiligten Gerichtspersonen des Untergerichts festzustellende Umstände handelt[138]).

3. Ein interessantes Beispiel für eine Anwendungsmöglichkeit des Freibeweises bietet die Entscheidung des 8. Zivilsenates in RGZ 124, 153 (= JW 1929, 1464 Nr. 10). Hier war die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts gerügt worden, weil ein vollständig erblindeter Richter mitgewirkt habe. Diese Tatsache wurde in einer vom Kläger vorgetragenen Äußerung eines Rechtsanwaltes bei dem betreffenden Oberlandesgericht als richtig bestätigt. Das Reichsgericht sah daraufhin die behauptete Tatsache als bewiesen an. Der Rechtsanwalt wurde nicht als Zeuge (i. S. der §§ 373 ff.) vernommen, sondern er galt, wie das Reichsgericht sich bezeichnenderweise ausdrückt, als „Gewährsmann" des Klägers.

4. Das Reichsgericht hat ferner die Zulässigkeit der Revision zu prüfen und zu diesem Zwecke „tatsächlich zu prüfen und festzustellen, an welchem Tage und ob ordnungsmäßig das Berufungsurteil und die Revisionseinlegung zugestellt worden sind" (RG SeuffArch. 47, 365). In gleicher Weise ist auch die Zustellung des erstinstanzlichen Urteils und der Berufungseinlegung zu prüfen, denn „neues Vorbringen über die Nichtwahrung von Notfristen der Berufungsinstanz ist vom Revisionsrichter zu beachten" (RG JW 1904, 212 Nr. 29). „Das Revisionsgericht hat deshalb die diese Verletzung betreffenden Tatsachen, nachdem sie ihm vorgetragen sind, zu erörtern und festzustellen", wobei die Bestimmung des § 561 nicht entgegensteht, weil „sich diese Vorschrift nur auf die für die materielle Entscheidung erheblichen Tatsachen, also auf den dem zu entscheidenden Rechtsfall zu Grunde liegenden Sachverhalt bezieht" (RG SeuffArch. 47, 365). Bei der Feststellung solcher Tatsachen, aus denen sich eine Nichtwahrung von Notfristen und damit Unzulässigkeit der Revision ergeben soll, bedient sich das Reichsgericht nicht der Beweisformen, die bei der Feststellung der „für die materielle Entscheidung des Rechtsfalles erheblichen Tatsachen", die der Bindung des § 561 unterliegen, anzuwenden sind, sondern erhebt die erforderlichen Beweise durch Feststellungen aus den Akten, Vernehmung der einen oder anderen Partei usw. (So RG JW 1904, 212 Nr. 29).

---

[138]) Beispiele: RGZ 106, 143; 29, 366.

III. Ergebnis.

Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts läßt sich also deutlich eine Beweistätigkeit erkennen, die sich nicht mehr in den Formen des gesetzlich geregelten Normalbeweises bewegt, sondern darüber hinaus in einfacher und zweckmäßiger Weise die erforderlichen Feststellungen trifft und so zu einer Freibeweistätigkeit wird. Das Revisionsverfahren läßt den Gegensatz zwischen den materiellerheblichen Tatsachen, die dem Streitgegenstand angehören und daher im Mittelpunkt des Prozesses stehen, und den prozessualerheblichen Tatsachen, die als Zulässigkeitsvoraussetzungen erst den Zugang zum Streitgegenstand und damit die „Sachgestaltung als den eigentlichen Prozeßzweck" ermöglichen, durch die Unangreifbarkeit der einen und die freie Nachprüfbarkeit der anderen Tatsachengruppe mit besonderer Schärfe deutlich werden und gibt durch den Wegfall jeder materiellerheblichen Tatsachenfeststellung und damit jeder zwingenden Anwendung des Normalbeweises dem Freibeweisrecht überhaupt erst eine wissenschaftliche und praktische Bedeutung.

1. Der Grundsatz der freien Nachprüfbarkeit prozessualerheblicher Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz gilt nach der Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts nur insoweit als „nicht erkennbar das freie Ermessen des Instanzrichters entscheiden soll". (Vgl. oben § 1, I, 2, c.) Dieser Ausnahmesatz, der die tatsächliche Nachprüfung erheblich einschränkt, ist insoweit abzulehnen, als er auf einer Verwechslung zwei verschiedener Ermessensarten beruht, nämlich des Beweisermessens (Grundsatz der freien Beweiswürdigung) und des Ermessens, dessen Ausübung in der Entscheidung über die Vornahme einer Prozeßhandlung liegt und dessen Geltung sich aus Zweck und sachlicher Bedeutung der betreffenden Verfahrensvorschrift ergibt. Denn es sind auseinanderzuhalten: erstens die Frage, ob das Revisionsgericht die auf Grund freier Beweiswürdigung getroffenen Tatsachenfeststellungen des Untergerichts, bei deren Vorliegen eine bestimmte Prozeßhandlung vorgenommen werden muß, durch eigene Feststellungen nachprüfen kann, und zweitens die Frage, ob das Revisionsgericht die Ausübung des Ermessens, in das die Vornahme einer Prozeßhandlung gestellt ist, nachzuprüfen hat. Für die erste Frage gilt der Grundsatz, daß über die Tatsachen, die nicht für die materielle Entscheidung des Rechtsfalles erheblich sind, sondern die der Prozeßrechtsanwendung dienen, für deren Feststellung also

der Freibeweis gilt, auch vom Revisionsgericht ohne Bindung an untergerichtliche Feststellungen Beweise erhoben werden können. Dieser Grundsatz kann nur bejaht oder verneint, aber nicht durch Ausnahmen eingeschränkt werden, sodaß die Rechtsprechung der Strafsenate, die entgegen dem im übrigen anerkannten Grundsatze in einer Reihe von Fällen die eigene Beweiserhebung über eine prozessualerhebliche Beweisfrage für unzulässig hält, abgelehnt werden mußte. Die Beantwortung der zweiten Frage ist umstritten. Die Praxis lehnt die Nachprüfung ab; in einem Teile des Schrifttums, insbesondere von Schwinge (a. a. O. S. 88 ff.) werden diese instruktionellen Vorschriften zu den revisibelen Rechtsnormen gerechnet, sofern sie extern wirken, was bei den betreffenden Verfahrensvorschriften der Fall ist[139]). Diese Frage hat aber mit dem bei jeder Beweiserhebung anzuwendenden Ermessen der Beweiswürdigung und im besonderen mit der Anwendung des Freibeweises in der Revision unmittelbar nichts zu tun. Es kann sein, daß beide Arten des Ermessens gleichzeitig nebeneinander ausgeübt werden müssen. Ein Beispiel hierfür bietet § 61 StPO. Hier kann nach dem Ermessen des Gerichts von der Beeidigung abgesehen werden, wenn bestimmte tatsächliche Voraussetzungen vorliegen. Das Gericht muß in diesem Falle erst durch frei zu würdigende — in der Revision nachzuprüfende — Freibeweiserhebungen feststellen, ob die Voraussetzungen vorliegen. Sind die Voraussetzungen nach den getroffenen Feststellungen gegeben, dann entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen über die Beeidigung. Der Unterschied der beiden Ermessensarten läßt sich an diesem Beispiel deutlich erkennen. Diese Art richterlicher Ermessensausübung, die mit dem Freibeweisrecht nur mittelbar zusammenhängt, ist von dem Ermessen bei der Beweiswürdigung streng zu trennen. Die Frage ihrer Nachprüfbarkeit in der Revision kann daher nicht im Zusammenhang mit der Frage der Nachprüfbarkeit von Freibeweiserhebungen erörtert werden.

Aus diesem Grunde können die Entscheidungen des Reichsgerichts zu den §§ 539 und 57, die Schwinge[140]) in Parallele zu den in der Rechtsprechung der Strafsenate entwickelten Ausnahmen vom Grundsatze der freien Tatsachennachprüfung anführt, nicht als Beispiele für eine gleichartige Einschränkung dieses Grundsatzes durch die Zivilsenate anerkannt werden; denn diese

[139]) Vgl. zu dem Ganzen Schwinge a. a. O. S. 82 ff.
[140]) a. a. O. S. 165, 166 Anm. 487.
[141]) Ständ. Rechtspr. s. Beispiele in Anm. 137.

Entscheidungen berühren nicht die Frage der Ermessensausübung bei der Beweiswürdigung, sondern betreffen die andere Ermessensart, die dem Richter die Entscheidung über die Vornahme einer Verfahrenshandlung trotz Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzungen anheimstellt.

Anders verhält es sich bei der Auferlegung des richterlichen Eides im Sinne des früheren § 475. Die Anordnung des richterlichen Eides bzw. jetzt der Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448), kann nur ergehen, wenn auf Grund der bisherigen Verhandlungen und etwaiger Beweisaufnahmen bereits ein gewisser Beweiserfolg eingetreten ist; diese Anordnung enthält damit zugleich eine Entscheidung über die zu klärende materiellerhebliche Beweisfrage, deren Besonderheit darin liegt, daß die endgültige Würdigung des Beweisergebnisses von der Leistung des Parteieides bzw. dem Ergebnis der Parteivernehmung bedingt wird. Die Frage, inwieweit die Ausübung dieses Ermessens in der Revisionsinstanz nachgeprüft werden kann, ist also identisch mit der Frage nach der Nachprüfung des Ermessens bei der Beweiswürdigung.

2. Ob die Zivilsenate des Reichsgerichts ebenfalls Beweisfragen, bei denen die Ausübung des Beweisermessens infolge der tatsächlichen Lage besonders stark in Erscheinung treten muß (z. B. Eidesreife), von einer eigenen Beweiserhebung ausschließen, ist mangels entsprechender Entscheidungen nicht ersichtlich. Die bereits erwähnte Entscheidung des 7. Zivilsenates in RGZ 119, 284 (s. Anm. 137), in der es heißt, daß die Frage der Verhinderung eines Vorsitzenden (§§ 66, 117 GVG) in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen sei, bietet hierfür kein Beispiel; denn eine Beweisfrage liegt hier nur insoweit vor, als festzustellen ist, ob die Verhinderung dauernd oder nur vorübergehend besteht. Daß das Revisionsgericht zur Klärung dieser Beweisfrage eigene Beweiserhebungen vornehmen kann, ist unbestritten [141]). Ob aber überhaupt eine Verhinderung vorliegt, wird allein durch die Erklärung des Vorsitzenden, der insoweit nur unter disziplinarrechtlicher Kontrolle steht, oder durch die Feststellung des dienstaufsichtsführenden Präsidenten entschieden und entzieht sich damit jeder Nachprüfung in der Revisionsinstanz [142]).

---

[142]) Baumbach § 66 GVG Erl. 1.

§ 7. Der Beweis sonstiger prozessualerheblicher Tatsachen.

I. Allgemeines.

Auf Schritt und Tritt steht der Prozeßrichter vor der Notwendigkeit, Tatsachen festzustellen, von denen die Vornahme einzelner Prozeßhandlungen abhängt. Soweit nicht im Einzelfall Glaubhaftmachung vorgeschrieben ist oder ausnahmsweise die bloße Behauptung eines Beteiligten genügt, müssen diese Tatsachen bewiesen sein, damit der Richter die betreffende Verfahrenshandlung vornehmen kann. Daß aber hierbei eine Anwendung des Normalbeweises nicht erforderlich ist, ergibt sich ohne weiteres aus den bisherigen Ausführungen. Soweit die Entscheidungen über solche Verfahrensfragen ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, sei auf die Ausführungen im ersten Teile (oben § 2, III, 1) und die dort angegebenen Beispiele verwiesen.

II. Der Beweisbeweis.

Eine wichtige Gruppe prozessualerheblicher Tatsachen, über die notwendig in mündlicher Verhandlung entschieden werden muß, bilden die Tatsachen, die für die Durchführung und Ausgestaltung des Normalbeweisverfahrens von Bedeutung sind[143]). Zur Entscheidung über die Frage, ob ein Normalbeweisverfahren in einer bestimmten Weise durchzuführen und auszugestalten ist, wiederum ein Normalbeweisverfahren zur Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen anzuordnen, ist in der Tat so unpraktisch, daß wohl noch niemand dies ernstlich behauptet hat. Ein solcher „Beweisbeweis" erfolgt im Freibeweisverfahren. Im folgenden soll dies bei den einzelnen Beweismitteln erläutert werden.

1. Der Beweis durch Augenschein.

Hier kann vor allem die Frage bedeutsam werden, ob der Augenschein überhaupt tatsächlich möglich ist (z. B. ob die Augenscheinseinnahme trotz Hochwassers ausführbar ist — Beispiel bei R. Schmidt a. a. O. S. 355). Das Gericht muß sich dann, ehe es die Augenscheinseinnahme durchführt, erforderlichenfalls durch ein-

143) R. Schmidt, Lehrbuch S. 354 ff.

zelne Freibeweiserhebungen über die tatsächliche Möglichkeit Klarheit verschaffen.

2. Der Zeugenbeweis.

Für die Anwendung des Zeugenbeweises im Normalbeweisverfahren bestehen in der ZPO eingehende Vorschriften (§§ 373 ff.), die die Durchführung dieses Beweismittels im einzelnen von dem Vorliegen bestimmter Tatsachen abhängig machen, so daß in Zweifelsfällen auch über solche Tatsachen Beweiserhebungen getroffen werden müssen.

a) Vernehmung durch einen ersuchten Richter.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verlangt, daß die Zeugenvernehmung in der Regel vom Prozeßgericht vorgenommen wird. Nur in bestimmten Fällen, die in § 375 genau umschrieben sind, darf die Vernehmung aus Zweckmäßigkeitsgründen einem anderen Gericht übertragen werden.

aa) Eine solche Übertragung kommt nach § 375, I, Ziff. 1 insbesondere dann in Betracht, wenn der Zeuge nach § 382 an einem bestimmten Orte zu vernehmen ist. Zweifel tatsächlicher Art werden hier im allgemeinen nicht bestehen. Sie sind vielleicht denkbar bei der Frage, ob ein Zeuge Mitglied des Reichstages oder eines Staatsrates ist.

bb) Der zweite Fall, der eine Übertragung der Zeugenvernehmung an einen kommissarischen Richter gestattet, setzt voraus, daß der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgericht zu erscheinen. Als Hinderungsgründe kommen beispielsweise in Betracht: Krankheit, hohes Alter, dienstliche oder geschäftliche Abhaltung [144]). Erforderliche Feststellungen sind im Freibeweisverfahren zu treffen. Die Sachlage ist hier die gleiche wie im Falle des § 219 (Terminsort — s. oben § 2, III, 1, c, dd).

cc) Auch der dritte Fall (§ 375, I, Ziff. 3), daß der Zeuge sich in einer Entfernung vom Prozeßgericht aufhält, die seine Vernehmung vor diesem unzweckmäßig erscheinen läßt, kann Anlaß geben, tatsächliche Feststellungen im Wege des Freibeweises zu treffen, denn das Gericht soll die Voraussetzungen sorgfältig prüfen [145]).

---

[144]) Stein-Jonas § 375 Erl. II.
[145]) Baumbach § 375 Erl. 2.

b) Entschuldigung des ausgebliebenen Zeugen.

Erscheint der ordnungsmäßig geladene Zeuge nicht, so entgeht er der Ordnungsstrafe des § 380 nur, wenn entweder von ihm glaubhaft gemacht wird, daß er die Ladung nicht rechtzeitig erhalten hat, oder sein Ausbleiben genügend entschuldigt ist (§ 381). Während im ersteren Falle die ZPO als Beweisart die Glaubhaftmachung angibt, wird die Frage, in welcher Weise dem Gericht die Überzeugung von der Wahrheit der Entschuldigung vermittelt werden soll, offen gelassen[146]). Das Reichsgericht[147]) nimmt an, daß das Gericht in solchen Fällen die Wahrheit von Amts wegen ermitteln kann, da hier die Analogie des Strafverfahrens maßgebend sei. Im allgemeinen hat aber der Zeuge die Entschuldigungsgründe vorzubringen und sie auf Verlangen zu beweisen[148]). Wenn es bei Stein-Jonas (s. Anm. 147) heißt, daß hierzu Glaubhaftmachung genüge, so ist dies offenbar nur im Gegensatz zum Normalbeweis gemeint, dessen Anwendung hier unbestritten nicht erforderlich ist. Denn von einer Glaubhaftmachung im eigentlichen Sinne kann hier keine Rede sein, da die Vorschriften über die Glaubhaftmachung keine Anwendung finden[149]). Es handelt sich hier eben, wie auch deutlich empfunden wird, um eine dritte Beweisart, die im Gesetz nicht geregelt ist, für die vielmehr das richterliche Ermessen maßgebend ist. So hatte ein Landgericht, wie aus einer Entscheidung des OLG Bamberg (SeuffArch 70, 211) hervorgeht, das Ausbleiben des Zeugen nicht als entschuldigt angesehen, weil dieser „nach der Bestätigung seiner Firma nicht während der ganzen Woche auswärts beschäftigt gewesen sei". In einer anderen Entscheidung (OLG Posen SeuffArch 65, 294) war aus den Poststempeln, die sich auf dem Briefumschlag eines Entschuldigungsschreibens befanden, geschlossen worden, daß dem Zeugen ein Erscheinen nicht mehr zuzumuten war. Dem Gericht steht es also frei, welche Mittel es als Beweismittel anerkennen und in welcher Form es sie benutzen will. Es hat aber hierbei darauf zu achten, daß nicht unnötige Kosten entstehen. Bei Krankheit soll nicht ohne weiteres ein amtsärztliches Zeugnis verlangt wer-

---

[146]) RGZ 54, 430 (432).
[147]) RGZ 54, 430; 56, 79; ebenso Stein-Jonas § 381 Erl. I, b (abweichend noch die 14. Auflage).
[148]) Baumbach § 381 Erl. 1.
[149]) Seuffert-Walsmann § 381 Erl. 2; Förster-Kann § 381 Erl. 1; Stein-Jonas § 381 Erl. I, b.
[150]) OLG Hamburg Rsp. 37, 143.

den [150]), vielmehr kann das Gericht sich mit einer polizeilichen Bescheinigung begnügen [151]).

c) Zeugnisverweigerung.

Das Zeugnisverweigerungsrecht ist sachlich und verfahrensmäßig in den §§ 383—390 geregelt. Nach § 386 hat der Zeuge die Tatsachen, auf welche er die Aussageverweigerung gründet, zu behaupten und durch Glaubhaftmachung zu beweisen. Trotzdem ist aber in diesen Fällen die Anwendung des Freibeweises nicht ausgeschaltet, wie folgende Beispiele zeigen werden.

aa) Die in § 383, I, Ziff. 1—3 genannten Personen sind nach Abs. II dieser Bestimmung vor ihrer Vernehmung über ihr Aussageverweigerungsrecht zu belehren. Hierauf muß das Gericht achten, da bei unterbliebener Belehrung die Aussage nicht als den §§ 373 ff. entsprechende Zeugenaussage benutzt werden darf [152]). Eine Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht erfolgt regelmäßig dann, wenn der Zeuge von seinem Verweigerungsrecht — vielleicht aus Unkenntnis — noch keinen Gebrauch gemacht hat. Für erforderlich werdende tatsächliche Feststellungen, die dem Gericht über das Vorliegen einer Belehrungspflicht Aufschluß geben sollen, scheidet daher die in § 386 vorgesehene Glaubhaftmachung aus. Für solche Feststellungen, wie sie z. B. für die Tatfrage, ob ein Verlöbnis im Sinne des § 383 besteht [153]), nötig sein können, gilt der Freibeweis.

bb) Aber auch bei der Nachprüfung, ob ein angegebener Verweigerungsgrund berechtigt ist, kann in einzelnen Fällen statt oder neben der vorgesehenen Glaubhaftmachung der Freibeweis zur Anwendung gelangen. Ein Zeuge, der seine Zeugnisverweigerung darauf stützt, daß eine Aussage über seinen Geschlechtsverkehr ihm zur Unehre gereiche, braucht regelmäßig seine Weigerung nicht glaubhaft zu machen [154]). Aus bestimmten Tatsachen, die dem Zeugen nachzuweisen sind, kann aber geschlossen werden, daß die Weigerung aus diesem Grunde keine ernstliche sein kann [155]). Dieser Nachweis würde im Freibeweisverfahren zu führen sein.

cc) Weitere Anwendungsfälle für den Freibeweis ergeben sich

---

[151]) Struckmann-Koch § 381 Erl. 1; Sydow-Busch § 381 Erl. A, 2; Petersen-Anger § 381 Erl. 1.
[152]) Baumbach § 383 Erl. 6; Stein-Jonas § 383 Erl. IV.
[153]) Petersen-Anger § 383 Erl. 2; Stein-Jonas § 383 Erl. II.
[154]) RG HRR 1933, 539.
[155]) OLG Stuttgart HRR 1931, 625 und SeuffArch. 67, 39.

aus den Bestimmungen des § 385, I, 1—4, die eine Ausnahmezeugnispflicht begründen.

Nach Ziffer 1 dieser Vorschrift darf ein an sich zur Zeugnisverweigerung berechtigter Zeuge die Aussage nicht verweigern, wenn er über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäftes gefragt werden soll, bei dessen Errichtung er als Zeuge hinzugezogen worden war. Zufällige Anwesenheit oder Herbeirufen aus einem anderen Grunde genügen aber nicht [156]). Das Gericht darf daher nicht ohne weiteres die Behauptungen des Beweisführers hinnehmen, sondern muß vom Beweisführer den Nachweis verlangen [157]). Art und Weise des Beweises richtet sich nach Freibeweisrecht.

Ähnliches gilt auch für die in Ziffer 2 und 3 von § 385, I bestimmten Ausnahmen vom Zeugnisverweigerungsrecht. Die Voraussetzungen sind auch hier vom Beweisführer im Freibeweisverfahren zu beweisen.

Bei Ziffer 4 von § 385, I besteht eine Abweichung insofern, als hier die einfache Behauptung, daß der Zeuge als Rechtsvorgänger bzw. Vertreter gehandelt habe, nach fast unbestrittener Ansicht für genügend erachtet wird [158]). Die Rechtsvorgänger- bzw. Vertretereigenschaft kann aber durch die Aussage des Zeugen selbst, sofern ihr das Gericht Glauben schenkt, oder durch „andere Beweismittel" (Stein-Jonas s. Anm. 158) widerlegt werden. Für die Widerlegung durch „andere Beweismittel" verlangt niemand eine förmliche Beweisaufnahme; auch hier gilt der Freibeweis. Das OLG Kassel (Rsp 21, 83) macht allerdings die Einschränkung, daß der Zeuge nicht berechtigt sei, die Behauptung des Beweisführers durch eine eidesstattliche Versicherung zu widerlegen.

d) Eidesfähigkeit.

Bestimmte Personen dürfen nach § 393 als Zeugen nur uneidlich vernommen werden. Das Gericht muß daher feststellen, ob ein Zeuge, der nach § 391 beeidigt werden soll, unter die in § 393 aufgeführten Personengruppen fällt.

---

156) RG in JW 1894, 544 Nr. 10.

157) Baumbach § 385 Erl. 2; a. M.: Skonietzki-Gelpke § 385 Erl. 1 (es genüge die bloße Behauptung).

158) Stein-Jonas § 385 Erl. I; RGZ 53, 111; Celle SeuffArch. 51, 358; a. M.: Richter ZZP 23, 291 ff. und Struckmann-Koch § 385 Erl. 2.

aa) Die Frage, ob ein Zeuge eidesmündig ist, verlangt unter Umständen eine Beweiserhebung über sein Alter[159]). Im allgemeinen wird sich aber eine Beweiserhebung erübrigen, da ein — meist unbewußter — Blick den Richter belehrt, daß der Zeuge das 16. Lebensjahr überschritten hat. Wenn Ditzen[160]) hierin in jedem Falle eine Beweiserhebung sieht, die allerdings ganz im Unterbewußtsein stecken geblieben ist, so muß dies als „jedem Sprachgebrauch zuwiderlaufend" mit Recht abgelehnt werden[161]).

bb) Häufiger werden Beweiserhebungen vorzunehmen sein, wenn nachgeprüft werden soll, ob ein Zeuge die zur Beeidigung erforderliche Verstandesreife besitzt. Hier können besondere Ermittlungen nötig werden, die von Amts wegen anzuordnen sind[162]). In vielen Fällen werden schon einige Fragen genügen, um dem Richter Gewißheit über die Eidesfähigkeit zu verschaffen[163]). Ebenso ist es als ausreichend anzusehen, wenn z. B. der Beweisgegner eine Bescheinigung des Gemeindevorstehers vorlegt, aus der die Eidesunfähigkeit des Zeugen einwandfrei[164]) hervorgeht, womit aber an der Notwendigkeit der Vernehmung nichts geändert wird[165]). Der Zeuge muß also, sofern nicht andere Gründe ihn als verhindert erscheinen lassen, vor dem Prozeßgericht erscheinen[166]). Immer aber erfolgen die für die Feststellung der Eidesfähigkeit nötigen Beweiserhebungen im Freibeweisverfahren, d. h. der Richter hat die Voraussetzungen „nach seinem Ermessen festzustellen".[167])

3. Der Sachverständigenbeweis.

Da eine Anzahl der für den Zeugenbeweis geltenden Vorschriften für den Sachverständigenbeweis entsprechende Anwendung finden (§§ 402, 408), kommen hier in gleicher Weise Freibeweiserhebungen in Betracht, wie dies für den Zeugenbeweis bei den §§

---

159) Beispiel in RGSt 20, 163.
160) a. a. O. S. 42.
161) So Wroblewski a. a. O. S. 23.
162) Skonietzki-Gelpke § 393 Erl. 6.
163) Seuffert-Walsmann § 393 Erl. 2.
164) Dies war nicht der Fall in RG HRR 1932, 993.
165) Baumbach § 393 Erl. 1.
166) So RG HRR 1932, 993.
167) Seuffert-Walsmann s. Anm. 163; ferner Sydow-Busch § 393 Erl. 1, b.

375, 382 und 383—385[168]) der Fall ist. Bei der Auswahl des Sachverständigen, die nach § 404 dem Gericht obliegt, ist auf das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Sachkunde, Vertrauenswürdigkeit) zu achten. Soweit diese Voraussetzungen dem Gericht nicht bereits bekannt sind, müssen sie als prozessualerhebliche Umstände in formloser Weise festgestellt werden.

4. Der Urkundenbeweis.

a) Die Durchführung des Urkundenbeweises hängt von der Vorlegung der Urkunde ab. Die ZPO enthält über die Art und Weise, wie die Vorlegung einer Urkunde, die sich in den Händen des Gegners oder eines Dritten befindet, herbeizuführen ist, eingehende Vorschriften. Der Grund, welcher die Verpflichtung des Gegners zur Vorlegung der Urkunde nach materiellem Recht ergibt (§ 422), ist glaubhaft zu machen (§ 424 Ziff. 5). Für die Frage, ob der Gegner die Urkunde überhaupt in seinem Besitz hat, sieht die ZPO streitfalls die Vernehmung des Gegners (früher: Editionseid) als einziges Beweismittel vor. Ein Dritter kann nur im Wege der Klage, also in einem selbständigen Verfahren, zur Vorlegung einer Urkunde gezwungen werden. Der Beweisführer kann daher in diesem Falle den Beweis nur mit dem Antrage, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen, antreten (§ 428). Die diesem Antrage zugrundeliegenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (§ 424 Nr. 5 und § 430)[169]). Das Verfahren zur Vorlegung einer Urkunde, die sich in den Händen des Gegners oder eines Dritten befindet, läßt also für eine Anwendung des Freibeweises keinen Raum[170]).

b) Diese Vorschriften über den Urkundenbeweis enthalten in § 444 einen „gesetzlich besonders geregelten Fall zulässiger freier Beweiswürdigung".[171]) Die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung (Vernichtung oder Untauglichmachung der Urkunde) müssen bewiesen werden. War die Urkunde, wie es meist der Fall sein wird, zum Beweise einer materiellerheblichen Tatsache bestimmt, so kommt für den Beweis der Voraussetzungen des § 444

---

[168]) §§ 383—385 kommen nur für einen Sachverständigen in Betracht, der nach § 407 zur Begutachtung verpflichtet ist.
[169]) Hier auch Glaubhaftmachung des Besitzes.
[170]) Abweichend Schwinge a. a. O. S. 165.
[171]) RGZ 101, 198.

nur der Normalbeweis in Betracht; denn die Anwendung des § 444 als besonderen Fall der freien Beweiswürdigung dient dann der Gewinnung der Sachurteilsgrundlage und ist daher, wie die Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung überhaupt (vgl. oben § 2, I), insoweit von der Befolgung der Normalbeweisvorschriften abhängig [172]). Eine Anwendung des Freibeweises scheidet also auch hier aus, denn der Fall, daß die vernichtete Urkunde nur einen prozessualerheblichen Umstand beweisen sollte, wird nur selten eintreten [173]).

---

[172]) Mit Recht betont daher Stein-Jonas, § 444 Erl. I, daß der Beweis der Voraussetzungen des § 444 nach den allgemeinen Regeln, d. h. nach Normalbeweisrecht erfolgt.

[173]) Die Bestimmung des § 444 wird als Ausdruck eines allgemein geltenden Grundsatzes auch bei den anderen Beweismitteln angewandt (RGZ 20, 6; 60, 152; 101, 198; Baumbach § 444 Erl. 1). Für den Beweis der Voraussetzungen (z. B. Vereitelung des Augenscheins, Ermordung des Zeugen usw.) gilt daher ebenfalls grundsätzlich der Normalbeweis.

Lebenslauf.

Am 16. Januar 1912 wurde ich als Sohn des Reichsbahnbetriebsingenieurs Ludwig Müller und seiner Ehefrau Hermine geb. Gerberding in Erfurt geboren. Nach Besuch des Gymnasiums in Erfurt erlangte ich im Februar 1931 das Reifezeugnis. Ich studierte vom Sommersemester 1931 ab an den Universitäten Marburg, Königsberg und Halle. Am 22. Februar 1935 bestand ich am Oberlandesgericht Naumburg (Saale) die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 8. April 1935 zum Gerichtsreferendar ernannt. Das Rigorosum bestand ich am 20. Februar 1936.

Während meines Studiums hörte ich Vorlesungen vornehmlich bei den Herren Professoren Bilfinger, Boehmer, Genzmer, Hein, v. Hippel, Jung, Klausing, Leonhard, Manigk, Nottarp, Oppikofer, Ruth, Schwinge, Schmidt, Siebert, Walz.

Herrn Professor Dr. Schwinge bin ich für die Anregung zu dieser Arbeit und für die wohlwollende und anerkennende Unterstützung zu besonderem Dank verpflichtet.

Ludwig Müller.